

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Caio Prado Rocha

**ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA E DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE
ECONOMIA MISTA.**

Porto Alegre
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Caio Prado Rocha

**ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA E DA
RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE
ECONOMIA MISTA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Direito Privado e
Processo Civil da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Doutor Luiz Carlos
Buchain**

Porto Alegre
2012

CAIO PRADO ROCHA

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DA FALÊNCIA ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.

Trabalho de conclusão de curso de graduação para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Carlos Klein Zanini

Professor Doutor Luiz Carlos Buchain

Professor Césio Sandoval Peixoto

Conceito:

Porto Alegre, __ de dezembro de 2012.

RESUMO

O presente trabalho aborda a temática da sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista aos regimes falimentar e de recuperação judicial. Não obstante a previsão legal na lei falimentar exclua tais empresas estatais de sua aplicação, grande parte da doutrina questiona a constitucionalidade desta referida exclusão, em razão da equiparação constitucional das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas às empresas privadas no tocante às obrigações civis e comerciais. Portanto, neste trabalho são revistos conceitos fundamentais para a elucidação do tema, relacionados à falência, recuperação judicial, empresa pública e sociedade de economia mista. Em seguida, são estudadas as mais diversas respostas dadas pela doutrina para solução do tema, dividindo-as em quatro posicionamentos distintos. Dessa forma, analisa-se os principais argumentos que suportam as diversas posições adotadas pelos juristas consultados, e conclui-se pela sujeição ao regime da lei falimentar das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica em regime concorrencial.

Palavras-chave: Falência. Recuperação Judicial. Empresa Pública. Sociedade de Economia Mista.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of publicly owned companies and mixed companies falling into bankruptcy or using court-supervised reorganization. Despite the fact that Brazilian Bankruptcy Law forbids such state enterprises of bankrupting or relying on judiciary reorganizations, a great number of scholars contest the constitutionality of this prohibition, because of the constitutional stipulation of equivalence of public companies which exploit economic activities and private companies with regard to civil and commercial obligations. Therefore, in this paper key concepts are reviewed for the elucidation of the subject, related to bankruptcy, judicial reorganization, public enterprise and mixed-capital company. On the following, various solutions to the issue are studied, those being divided into four different categories. Thus, the main arguments supporting the various positions are analyzed, and the final conclusion is that public companies and mixed companies that exploit economic activities on a competitive basis are subject to bankruptcy and can use judiciary reorganization.

Palavras-chave: Bankruptcy. Court-supervised reorganization. Publicly owned companies. Mixed companies.

LISTA DE ABREVIATURAS

- Art. - Artigo
- CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- LF - Lei Falimentar - Lei n.º 11.101/2005
- LSA - Lei de Sociedades Anônimas – Lei nº 6.404/1976
- STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. PRINCIPAIS CONCEITOS.....	10
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
1.2 O INSTITUTO DA FALÊNCIA.....	16
1.3 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA.....	22
1.4 A EMPRESA PÚBLICA.....	29
1.5 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.....	35
2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS.....	41
2.1 O POSICIONAMENTO DE HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA....	41
2.2 O POSICIONAMENTO CONTRÁRIO À SUJEIÇÃO DAS ESTATAIS AO REGIME FALIMENTAR E DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	47
2.3 O POSICIONAMENTO A FAVOR DA DISTINÇÃO ENTRE ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA.....	54
2.4 O POSICIONAMENTO DE RENATO VENTURA RIBEIRO.....	69
3. POSICIONAMENTO ADOTADO.....	75
CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

As empresas públicas e sociedades de economia mista foram concebidas como instrumentos da atuação estatal, pelos quais o poder público poderia indiretamente prestar serviços públicos e explorar atividades econômicas sob um regime jurídico que não seria puramente o regime jurídico de direito público.

Todavia, a opção de situar tais entidades no “meio-termo” dos regimes de direito público e de direito privado criou a necessidade de se definir, com precisão, às normas e princípios aos quais tais entes se submetem quando exercem suas atividades.

Inserida nesta problemática está a questão da insolvência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Este tópico tem sido objeto de atenção pela doutrina e pelos tribunais, uma vez que não há regulamento legal que pacifique as várias controvérsias surgidas – dentre as quais, o tema deste trabalho.

Este trabalho tem como objetivo estudar o tema da sujeição aos regimes da falência e da recuperação judicial de empresas públicas e sociedades de economia mista, com o intuito de averiguar a possibilidade jurídica, bem como a compatibilidade dos referidos regimes legais às entidades estatais.

A análise será feita com base em dispositivos legais, interpretação de precedentes jurisprudenciais relacionados e reflexão sobre os posicionamentos de diversos doutrinadores a respeito do assunto.

O primeiro capítulo do trabalho será dedicado à análise dos regimes da falência e da recuperação judicial, bem como à análise das entidades estatais empresa pública e sociedade de economia mista. Com relação à falência, serão estudados a sua finalidade, os devedores que podem submeter-se à falência (e à recuperação judicial), o conceito jurídico de insolvência para a lei falimentar, bem como as hipóteses de para sua decretação. No tocante à recuperação judicial, são vistos os critérios para utilização, os instrumentos legais para promover a recuperação da empresa e os órgãos da recuperação judicial. Em seguida, são feitas observações importantes acerca dos conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista, sua criação, como se dá seu funcionamento e, de forma sucinta, aspectos

importantes acerca de seus regimes jurídicos.

No segundo capítulo expõem-se as diversas formas sugeridas pela doutrina para lidar com o tema do trabalho. Os argumentos e conclusões dos autores serão divididos em quatro posicionamentos, para fins de estudo. Serão abordados, primeiramente, a análise feita por Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, que entende pela sujeição das estatais ao regime da falência; após, as observações feitas pelos autores contrários à falência e recuperação judicial das empresas públicas e sociedades de economia mista; em seguida, as ponderações dos doutrinadores que admitem a falência das estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, pautados por critério que será analisado; e, por fim, as críticas de Renato Ventura Ribeiro, que propõe critério próprio para distinguir as empresas estatais sujeitas à falência e recuperação judicial, independentemente da atividade que exerçam.

O terceiro capítulo trará a reflexão sobre os argumentos lançados pelos doutrinadores consultados. Buscar-se-á apontar a solução mais adequada para a questão posta, seja elegendo um dos posicionamentos adotados, seja inovando na forma de lidar com o tema.

1. PRINCIPAIS CONCEITOS

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em um primeiro momento, parece não haver sentido falar-se em falência de empresa pública e de sociedade de economia mista. Afinal, são entes estatais criados e mantidos para cumprimento de um objetivo no qual há necessariamente interesse público envolvido e, portanto, são geridos pelo Estado.

Pode-se pensar, todavia, que em decorrência de uma gestão desastrosa, ou mesmo em razão de caso fortuito, a empresa estatal seja, momentaneamente, reduzida à situação de insolvência patrimonial.

É de se esperar que prontamente a entidade estatal seria socorrida pelo Poder Público controlador, para que possa honrar seus débitos perante terceiros e retomar a exploração da atividade econômica ou prestação de serviço público para a qual foi criada.

Todavia, há em trâmite perante os órgãos do Poder Judiciário muitas demandas, visando a cobrança de valores, ajuizadas em desfavor de empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive chegando à fase de execução de sentença por meios expropriatórios.

Como é sabido, as empresas públicas e sociedades de economia mista são instrumentos de atuação do Poder Público na esfera privada, constituídas sob a forma de pessoas jurídicas de direito privado para que submetam-se a um regime jurídico especial.¹

Portanto, se há empresas públicas e sociedades de economia mista sendo submetidas à procedimentos executórios perante o Judiciário, e sabendo que submetem-se a um regime jurídico específico, que não é especificamente o regime jurídico das demais pessoas jurídicas

¹Decreto-Lei 200/67. Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

de direito público, cabe indagar, ainda que para finalidade acadêmica, se seria possível a sujeição de tais entes estatais aos regimes falimentar e de recuperação de empresas.

Em verdade, este tema já foi objeto de intenso debate na doutrina, como será analisado, e recebeu diversos enfoques pelo legislador.

A Constituição de 1967 nada dispunha sobre o tema. Tampouco o Decreto-Lei 200/67². Aliás, a primeira norma legal acerca da falência das estatais foi redigida no art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas e dispunha que estavam excluídas da falência as sociedades de economia mista, que estariam, todavia, submetidas à penhora e execução, restando ainda, o Poder Público controlador responsável subsidiário pelas obrigações da entidade estatal: *“as companhias de economia mista não estão sujeitas a falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”*.

O transcrito dispositivo legal não fazia qualquer menção às empresas públicas, até porque tratava-se de uma norma que cuidava de modo específico das sociedades de economia mista, inserida no diploma legal que regulamenta as Sociedades Anônimas.

A Constituição de 1988, por sua vez, estabeleceu expressamente o regime de direito privado às empresas públicas e sociedades de economia mista não prestadoras de serviço público. Especificou, inclusive, que o regime jurídico das empresas privadas regeria as obrigações civis, trabalhistas, comerciais e tributárias de tais entidades estatais.³

Visivelmente, a equiparação das entidades estatais exercentes de atividades econômicas às demais empresas privadas visou preservar o princípio geral da ordem econômica da livre concorrência, evitando a concorrência desleal entre particulares e o Estado, quando disputassem o exercício de atividade econômica.

2 Que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

3 Constituição Federal. art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Já se vislumbrava, portanto, na visão de alguns autores, incompatibilidade do texto constitucional com o artigo 242 da Lei das S/A, no sentido de que este não teria sido recepcionado pela nova Constituição.

Neste sentido, esclarece o ilustre professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

Já anteriormente à revogação do art. 242 da Lei nº 6.404/76, os estudiosos se dividiam quanto à incidência do regime de falência em relação às sociedades de economia mista. Sustentavam alguns que a norma não teria sido recepcionada pelo art. 173, §1º, da Constituição de 1988, segundo o qual tais entidades, quando exploram atividade econômica, equiparam-se às empresas privadas no que concerne aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.⁴

O questionamento pelos estudiosos levou, inclusive, à edição do art. 10 da Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que revogou o art. 242 da LSA, o único comando legal que versava acerca da impossibilidade de falência de sociedade de economia mista.

Explica o ilustre jurista MODESTO CARVALHOSA:

A revogação do art. 242 não ocasionou maiores discussões no Congresso. Tal medida foi justificada quando da apresentação do Projeto de Lei n. 3.115/97 à Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, tendo como relator o Deputado Emerson Kapaz, em face da existência de questionamentos quanto à constitucionalidade do privilégio de não estarem sujeitas à falência as sociedades de economia mista que desempenham atividades econômicas, diante do disposto no art. 173, §1º, II, da Constituição Federal. Com efeito, sustentava-se que, como a CF, em seu art. 173, §1º, II, dispõe que se aplica às sociedades de economia mista o regime jurídico próprio das empresas privadas, o privilégio falimentar previsto no art. 242 da lei societária deveria ser tido como inconstitucional.⁵

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 470.

5 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 422

Na visão de alguns juristas, todavia, a revogação provocou modificações substanciais no tratamento legal da sociedade de economia mista.

Isto porque, se o revogado art. 242 por um lado proibia a decretação de falência das sociedades de economia mista, por outro garantia os créditos de terceiros atribuindo ao Estado a responsabilidade subsidiária pelas obrigações da estatal insolvente.

Importante ressaltar que todos os outros artigos da Lei das Sociedades Anônimas que regulam o funcionamento de sociedades de economia mista foram preservados.

Ocorre que o art. 242 da LSA estabelecia o princípio da imunidade das sociedades de economia mista ao processo de falência, procurando garantir a supremacia do interesse público justificador da criação da estatal, impedindo, por corolário, que a administração da sociedade de economia mista fosse deixada ao encargo de terceiro, no caso o síndico da massa falida, que atuaria, por óbvio, no interesse dos credores.

Este era inclusive o motivo constante da Exposição de Motivos nº 196/76 do Ministério da Fazenda para a inserção do referido artigo na Lei das Sociedades Anônimas:

O artigo 243 dispõe, finalmente, que a companhia mista não está sujeita a falência, e que a pessoa jurídica de direito público que a controla responde subsidiariamente pelas suas obrigações. A razão do preceito - similar ao de outras legislações estrangeiras - é óbvia: o interesse público, que justifica a instituição, por lei, de uma companhia mista, não permite admitir que sua administração possa ser transferida para credores, através do síndico, como ocorre na falência. Visando, todavia, ao esclarecimento de futuros credores e financiadores, que poderiam duvidar da penhorabilidade dos bens, ou retraindo créditos, o artigo 243 ressalva expressamente a possibilidade de execução dos bens das companhias mistas.⁶

Essa imunidade prevista no revogado art. 242 encontrava seu fundamento na necessidade de ser preservado o interesse público que preside a instituição da sociedade de economia mista; com efeito, entendia-se não se justificar que os credores, e não os representantes do Estado, passassem, em caso de falência, a dirigir as atividades da companhia de economia mista.

⁶ Disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp>, acessado em 12 de dezembro de 2012.

Não há dúvidas de que a imunidade falimentar constituía um privilégio legalmente atribuído às companhias mistas, em detrimento dos interesses de seus credores. Todavia, o legislador buscou compensar tal privilégio, prevendo a penhorabilidade dos bens da sociedade de economia mista e a responsabilidade subsidiária ilimitada do ente público controlador.

Dessa forma, a imunidade falimentar não comprometia a tutela dos credores por obrigações das sociedades de economia mista, na medida em que estavam garantidos pela executabilidade de suas dívidas, pela penhorabilidade de seus bens, assim como pela responsabilidade subsidiária do acionista controlador.

Boa parte da doutrina entendeu, portanto, que com a revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, as sociedade de economia mista (e as empresas públicas) passaram, inequivocamente, a submeter-se ao processo de execução coletiva, sem qualquer imunidade.

Em contrapartida, a questão referente à responsabilidade subsidiária do ente público controlador das sociedades de economia mista, que sequer foi discutida no Congresso, desapareceria com a revogação integral do art. 242 pela Lei n. 10.303, de 2001.⁷

Então adveio a aguardada Lei nº 11.101/05, que regulou a recuperação judicial e a falência do empresário e da sociedade empresarial, cujo art. 2º, inciso I, da aludida norma exclui de sua incidência as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ainda, cumpre ressaltar que a lei não faz qualquer distinção acerca da atividade desempenhada por estas entidades, conduzindo ao entendimento de que é proibida a falência de empresas públicas ou sociedades de economia mista, estejam elas exercendo atividades de cunho apenas econômico ou prestando serviços públicos.

Ao invés de pacificar a questão, o legislador acabou por reforçar o debate dos mais diversos autores acerca da submissão aos regimes falimentar e de recuperação de empresas das entidades estatais.

Tal ocorre porque muitos estudiosos arguem que o art. 2º, inciso I, da Lei nº 11.101/05 afrontaria o texto constitucional, no que se refere as empresas públicas e sociedades de economia mista que desempenham atividades econômicas, uma vez que o art. 173, § 1º, inciso II, da Carta Magna de 1988 submete as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividades eminentemente econômicas “*ao regime jurídico próprio das*

⁷ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 423.

empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Ou seja, ao excluir as empresas públicas e sociedades de economia mista do regime da Lei de Falência e Recuperação de Empresa, o legislador teria incorrido na mesma inconstitucionalidade que acometia ao revogado artigo 242 da Lei das Sociedades Anônimas. Entretanto, piorou a situação dos credores, que agora sequer podem contar com a responsabilidade subsidiária do Poder Público controlador.⁸

Várias foram as posições adotadas pelos doutrinadores. Antes de examiná-las, todavia, urge rever alguns conceitos básicos envolvidos no assunto, tais como: conceitos e aspectos jurídicos da falência e da recuperação judicial, bem como das empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 470.

1.2 O INSTITUTO DA FALÊNCIA

A falência é o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que envolve todos os credores e abrange todos os bens, reunindo a totalidade do passivo e do ativo do devedor.

O processo falimentar existe para afastar a regra da individualidade da execução, porquanto esta torna-se injusta quando o patrimônio do devedor consiste em bens cujos valores somados são inferiores à totalidade das suas dívidas, uma vez que a pluralidade de execuções individuais não possibilitam discriminar os credores de acordo com os graus de necessidades ou de acordo com as garantias contratadas, nem permite tratar com igualdade os credores de uma mesma situação jurídica, titulares de crédito de igual natureza.

É que quando o devedor não tem meios de solver todos os seus débitos, o ajuizamento de execuções individuais pelos credores conduzirá à situação em que aqueles credores que se anteciparam na propositura das respectivas execuções terão maiores chances de receber a totalidade dos seus créditos, ao passo que os demais credores que ingressaram com suas ações executórias, ou cujos créditos eventualmente não venceram ainda, estarão sujeitos a uma chance grande de nada receberem, visto que provavelmente encontrarão o patrimônio do devedor já totalmente exaurido.⁹

Para evitar a injustiça, afasta-se a regra da individualidade da execução e instaura-se a execução concursal, que reúne todos os credores. Possibilita-se, desse modo, que sejam privilegiados os mais necessitados, efetivadas as garantias legais e contratuais, e tratados com iguais chances de realização do crédito todos os credores de mesma categoria.

Pretende-se, assim, por meio do regime falimentar garantir que os titulares de crédito perante o devedor que não possui condições de saldar integralmente as dívidas recebam da justiça tratamento paritário.¹⁰

Todavia, a lei requer a concorrência de três pressupostos para a instauração do procedimento falimentar, a saber, que o devedor seja empresário ou sociedade empresária; que

9 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 242.

10 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 244.

esteja na situação de insolvência, conforme definida pela própria lei; e que haja sentença declaratória de falência.

Estão sujeitos à falência, em princípio, os devedores exercentes de atividade econômica de forma empresarial, conforme reza o art. 1º da Lei nº 11.101/2005.¹¹ Não se submetem à execução concursal, portanto, os devedores que não exploram atividade econômica nem como os que o fazem sem empresarialidade. Tais devedores insolventes submetem-se ao regime da insolvência civil. Da mesma forma, não podem pleitear recuperação judicial ou extrajudicial.¹²

Contudo, nem toda sociedade empresarial está sujeita à falência, porquanto a lei falimentar exclui expressamente determinadas empresas de seu regime. Com efeito, a lei prevê hipóteses de exclusão total ou parcial do regime falimentar. Nas hipóteses de exclusão total, a sociedade empresária devedora submete-se a regime de execução concursal diverso do falimentar. Já nas hipóteses de exclusão parcial, a sociedade devedora submete-se a procedimento extrajudicial de liquidação concursal alternativo ao processo falimentar.

Sendo assim, uma sociedade empresária excluída totalmente da falência não pode submeter-se ao processo falimentar, enquanto a sociedade empresária excluída parcialmente, em determinados casos discriminados por lei, pode ter o seu patrimônio concursalmente executado por via da falência. Todavia, em nenhuma hipótese tais sociedades devedoras restam sujeitas ao regime da insolvência civil.¹³

A lei falimentar prevê três hipóteses de exclusão absoluta de seu regime. A primeira diz respeito às empresas públicas e sociedades de economia mista, que estão totalmente excluídas do processo falimentar (LF, art. 2º, I). A segunda hipótese de exclusão absoluta do direito falimentar é referente às câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação financeira. A terceira hipótese de exclusão absoluta alcança as entidades fechadas de previdência complementar, isto é, que organizam planos acessíveis apenas aos empregados de certa empresa, servidores públicos de um determinado ente governamental (patrocinadores) ou associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (instituidores).

11 Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

12 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247.

13 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 248.

No tocante às sociedades empresárias relativamente excluídas do direito falimentar, a lei falimentar prevê outras três hipóteses. A primeira diz respeito às companhias de seguro (sociedades anônimas), nos termos do art. 26 do Decreto-Lei n. 73/66, estão sujeitas a procedimento específico de execução concursal, denominado liquidação compulsória, promovida pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados. A segunda consiste nas operadoras de planos privados de assistência à saúde, as quais se sujeitam à falência de acordo com os pressupostos das Lei n. 9.656/98, art. 23 e Med. Prov. 2.177-44/01. Por fim, enquadradas na terceira hipótese estão as instituições financeiras, as quais destinou o legislador o processo de liquidação extrajudicial previsto na Lei n. 6.024/74, sociedades empresárias arrendadoras dedicadas à exploração de *leasing* (Res. BC n. 2.309/96), as administradoras de consórcios de bens duráveis, fundos mútuos e outras atividades assemelhadas (Lei n. 5.768/71, art. 10), e as sociedades de capitalização (Dec.-Lei n. 261/67, art. 4º).¹⁴

No tocante ao pressuposto da insolvência, tem-se que é o estado patrimonial do devedor que possui o ativo inferior ao passivo. No entanto, ao mesmo tempo, a lei atribui à insolvência um sentido jurídico específico. Ocorre que para a instauração do regime falimentar, é absolutamente indiferente prova da insuficiência do ativo para satisfação dos débitos. Da mesma forma, não se livra da execução concursal a sociedade empresária que demonstre sua solvabilidade patrimonial.¹⁵

Para fins de decretação da falência, basta que ocorra um dos fatos previstos em lei como ensejadores da quebra, de forma que o pressuposto da insolvência, em verdade, não se caracteriza por um determinado estado patrimonial, mas consiste em presunção absoluta de insolvência pela lei falimentar. Mais especificamente, determina a lei, no art. 94, que será decretada a falência do devedor que, sem justificativa, for impontual no cumprimento de obrigação líquida (LF, art. 94, I), executado por qualquer quantia líquida, não pagar, não depositar e não nomear à penhora bens suficientes; (art. 94, II) ou se praticar ato de falência (LF, art. 94, III).¹⁶

14 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 249-250

15 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 251.

16 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 251-252.

Dessa sorte, demonstrada a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou o ato de falência, mesmo que a sociedade empresária tenha patrimônio líquido positivo, com ativo superior ao passivo, ser-lhe-á decretada a falência. Da mesma forma, não sendo demonstrado qualquer destes pressupostos, não será instaurado o concurso de credores ainda que o passivo da sociedade empresária devedora supere seu ativo. Trata-se de verdadeira presunção absoluta estabelecida pela lei falimentar.

A impontualidade injustificada característica da falência deve referir-se a obrigação líquida, representada por título executivo, judicial ou extrajudicial protestado. Trata-se de critério formal da lei: só dá ensejo à falência, por esse fundamento, a impontualidade referente a obrigação líquida documentada num desses títulos (título executivo judicial ou extrajudicial devidamente protestado). O título, ainda deve representar obrigação de, pelo menos, 40 salários mínimos. Admite a lei que os credores se reúnam em litisconsórcio ativo para, somando os seus créditos, alcançarem juntos esse patamar.¹⁷

Está claro que se a sociedade empresária possui fundados motivos para não pagar determinado título, não se trata de impontualidade injustificada, porque, a rigor, não se trata de inadimplemento ou impontualidade. A própria lei sugere um elenco de hipóteses de impontualidade ou inadimplemento justificados: falsidade do título, prescrição, nulidade da obrigação, pagamento da dívida ou qualquer motivo que extinga ou suspenda o cumprimento da obrigação ou não legitime a cobrança do título (LF, art. 96).¹⁸

Ademais, a sociedade empresária devedora que, executada, não paga, não deposita nem nomeia bens à penhora no prazo legal incorre em execução frustrada (LF, art. 94, II). Trata-se da hipótese mais usual de pedido de falência, tirante os fundados na impontualidade.

17 Lei nº 11.101/2005. Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

18 Lei nº. 11.101/2005. Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do **caput**, desta Lei, não será decretada se o requerido provar:

I – falsidade de título;

II – prescrição;

III – nulidade de obrigação ou de título;

IV – pagamento da dívida;

V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;

VI – vício em protesto ou em seu instrumento;

VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51 desta Lei;

VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado. (...)

Se está sendo promovida contra a sociedade empresária uma execução individual, isso significa que ela não pagou, no vencimento, obrigação líquida, certa e exigível (CPC, art. 586). Por outro lado, se não nomeou bens à penhora, é sinal de que talvez não disponha de meios sequer para garantir a execução. Esses fatos denunciam a insolvabilidade da executada e possibilitam a decretação da falência.

O pedido de falência da executada com fundamento no art. 94, II, da LF não se faz nos autos da execução individual, senão deve ser formulado perante o juízo competente, instruído com uma certidão atestando a falta de pagamento, depósito ou nomeação de bens à penhora. Por fim, não é necessário que o título objeto da execução tenha valor mínimo.¹⁹

Os atos de falência correspondem a comportamentos normalmente praticados pela sociedade empresária que se encontra em insolvência econômica e que, por conta disto, a lei presume de modo absoluto a insolvabilidade da sociedade devedora; admitindo, portanto, a instauração da execução concursal.²⁰

A primeira hipótese está prevista no art. 94, inciso III, alínea 'a', em que a sociedade empresária *procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos*. Considera-se que pratica o referido ato de falência, portanto, a sociedade que abruptamente vende os bens do ativo fixo, como máquinas, veículos, *et cetera*, necessários à exploração de sua atividade mercantil ou emprega meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos, como a contratação de novos empréstimos para quitar os anteriores, ou celebra negócios jurídicos aceitando pagar juros excessivamente superiores às taxas de mercado.

A segunda hipótese prevista no art. 94, inciso III, alínea 'b', cuida da sociedade empresária que *realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não*. Portanto, a sociedade empresária que tenta retardar pagamentos ou fraudar credores, por negócio simulado ou liquidação de bem do ativo pratica ato de falência.

Prevista no art. 94, inciso III, alínea 'c', está a hipótese em que a sociedade empresarial *transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de*

19 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254.

20 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo. No direito brasileiro, o negócio jurídico de alienação do estabelecimento empresarial requer a anuência dos credores, uma vez que este bem representa, a rigor, a mais importante garantia destes. Além de macular o negócio jurídico, a falta da anuência dos credores constitui ato de falência.²¹

A hipótese legal seguinte é a da sociedade empresária que *simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor* e está prevista no art. 94, inciso III, alínea 'd'. Em que pese a sociedade empresária seja livre para transferir seu principal estabelecimento como lhe convier, por questões de mercado, logística, ou outras, se o objetivo for fraudar a lei, frustrar a fiscalização ou prejudicar credores, caracterizar-se-á ato de falência.

Em seguida está prevista, no art. 94, inciso III, alínea 'e', a hipótese da sociedade empresarial que *dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo.* A incoincidência entre os atos de constituir a dívida e de garanti-la com um bem revela o intuito de fraudar a *par condicio creditorum*, na medida em que importa atribuir a quem já é credor uma condição mais favorável, na eventualidade da quebra. Cuida-se de conduta típica de sociedade empresária à beira da falência, afinal, nenhum devedor oferece um bem para garantir um negócio jurídico cujos termos o credor já havia aceitado sem a referida garantia.²²

Há ainda a previsão do art. 94, inciso III, alínea 'f' que versa sobre a quando sociedade empresarial *ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento.*

Por fim, também resta configurado ato de falência quando a sociedade empresária *deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial*, conforme previsão do art. 94, inciso III, alínea 'g'. A sociedade empresarial que se beneficia a recuperação judicial não pode descumprir qualquer das obrigações assumidas no plano de reorganização, sob pena de caracterizar ato de falência.

21 Código Civil. Art. 1.145. Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

22 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 256-257.

1.3 O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA

A Lei nº 11.101/2005 contempla duas medidas destinadas a evitar que uma sociedade empresária em crise vá à falência, a saber, a recuperação judicial e a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial – que não será examinada neste trabalho²³. Ambas visam permitir que a sociedade empresária supere a crise econômico-financeira e patrimonial que está sofrendo, preservação assim, a atividade econômica, os postos de trabalho e os interesses dos credores da sociedade.

Entretanto, nem toda empresa merece ou deve ser recuperada, porquanto a reorganização da exploração da atividade econômica é sempre custosa. Afinal, alguém suporta os riscos e ônus relacionados à recuperação, quer porque aceita investir em uma empresa à beira da falência, quer porque está sujeito a perdas parciais ou totais de crédito.²⁴

Ademais, os referidos custos relacionados à recuperação da empresa acabam sendo repassados para a sociedade brasileira como um todo pelas grandes instituições financeiras e demais agentes econômicos, embutindo-os nos seus respectivos preços e taxas. É necessário, portanto, que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas.²⁵

Com efeito, muitas sociedades empresariais em crise não devem ser recuperadas, porquanto se não houve oportunidade de recuperação da empresa advinda do próprio mercado, resta melhor que seja submetida ao procedimento falimentar, com a realocação dos recursos materiais e humanos em outras atividades econômicas lucrativas.²⁶

Dessa sorte, a recuperação da empresa, judicial ou extrajudicial, resulta como um benefício que somente deve ser oportunizada às sociedades exploradoras de atividades econômicas viáveis, de modo que os ônus suportados pelos credores e, derradeiramente, pela sociedade brasileira sejam compensados se e quando a empresa for recuperada.²⁷

23 Por tratar-se, essencialmente, de acordo extrajudicial, entende-se que os elementos e princípios jurídicos a serem analisados diferem substancialmente dos analisados neste trabalho, razão pela qual optou-se por abordar somente a forma judicial de recuperação de empresa.

24 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 382.

25 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 382.

26 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.383.

27 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 383.

O exame da viabilidade da empresa deve ser feito pelo Judiciário no decorrer do processo de recuperação judicial ou na homologação da recuperação extrajudicial, de acordo com FABIO ULHOA COELHO, com base nos seguintes vetores.

a) Importância social. Para merecer a recuperação judicial, de acordo com este aspecto, a sociedade empresária deve reunir dois atributos, notadamente, potencial econômico para reerguer-se e importância para a economia local, regional ou nacional.

b) Mão de obra e tecnologia empregadas. Por vezes esses vetores se excluem, tornando estes fatores difíceis de sopesar. Pode ocorrer que a recuperação da empresa tecnologicamente atrasada dependa de modernização, que, por sua vez, pode implicar o fim de postos de trabalho.

c) Volume do ativo e passivo. O grau de endividamento da sociedade empresária é importante elemento de análise da viabilidade da empresa explorada pela sociedade devedora.

d) Idade da empresa. Deve-se considerar também o tempo de funcionamento da sociedade devedora. Não porque as empresas constituídas há muito tempo têm mais direito à recuperação, mas porque o tempo de constituição e funcionamento inegavelmente influi nos demais vetores relevantes à recuperação judicial.

e) Porte econômico. Por fim, o exame de viabilidade deve tratar do porte econômico da empresa, porquanto as medidas de reorganização recomendadas serão distintas de acordo com o porte da sociedade devedora.

A lei falimentar, no art. 50, lista exemplificativamente meios de recuperação da atividade econômica. Consistem em recursos financeiros, administrativos e jurídicos, a serem utilizados no plano de recuperação da empresa, sem prejuízo de outras soluções a serem criadas pelas partes envolvidas no processo de recuperação.

A primeira ferramenta prevista pela lei é a *concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas* (inciso I). Espera-se que com o aumento do prazo para pagamento dos débitos, ou mesmo com o abatimento de parte dos valores devidos, a sociedade empresária devedora tenha a oportunidade de se reestruturar.

Prevê a lei como meio de recuperação as operações societárias de *cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente*

(inciso II); que contextualizadas num plano econômico podem fornecer condições para o reerguimento da atividade empresarial.

Há também a hipótese de *alteração do controle societário* (inciso III). A alteração do controle societário pode consistir na venda do poder de controle ou na simples admissão de novo sócio no bloco controlador. Junto com a alteração do controle, devem acompanhar medidas de revitalização da empresa, como aumento do capital e mudanças na administração.

A hipótese de *substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos* (inciso IV) visa a possibilitar a superação das dificuldades que se encontram na falta de condições ou competência para os administradores realizarem cortes de pessoal e de despesas, modernizarem o estabelecimento empresarial ou otimizarem os recursos disponíveis.

Prevê também a lei falimentar a possibilidade de *concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar* (inciso V); que nada mais consiste que admitir a ingerência dos credores na administração da sociedade empresária em recuperação.

A hipótese de *aumento de capital social* (inciso VI) contempla a possibilidade de recuperação da empresa por meio de ingresso de recursos, de modo que a sociedade devedora possa ampliar sua competitividade no mercado, ou pagar os passivos mais significativos, superando seu estado de crise.

O trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados (inciso VII); importa a mudança na titularidade ou na direção do estabelecimento empresarial da sociedade empresária em crise de forma que a atividade econômica passe a ser explorada por quem presumivelmente está em melhores condições de promover sua recuperação.

Há também a possibilidade de *redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva* (inciso VIII); que pode ser instrumento eficaz de recuperação da sociedade empresária quando diagnosticado serem as obrigações trabalhistas o principal entrave nas contas.

Pelas hipóteses de *dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro* (inciso IX); um ou mais credores concordam em receber bem diverso do contratado como meio de solução da obrigação que

titularizam ou alteram-se os elementos das obrigações existentes, dando ensejo à sua substituição por outras novas.

Se os credores tiverem interesse, poderão recorrer à *constituição de sociedade de credores* (inciso X) que continue a explorar a empresa em crise. Dessa forma, passam a explorar a atividade econômica da empresa em crise, passando de credores a sócios.

A *venda parcial dos bens* (inciso XI) da sociedade devedora pode consistir em meio eficaz de obtenção dos recursos necessários à recuperação da empresa, desde que a importância do bem a alienar para a continuidade da empresa seja devidamente mensurada, sob risco de piorar a crise.

Por meio da *equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica* (inciso XII), bancos e empresas de fomento mercantil padronizam os encargos financeiros de seus créditos, ajustando-os ao menor dos praticados no mercado, reduzindo seu lucro, mas, em tese, sem provocar-lhes prejuízo.

Pelo *usufruto de empresa* (inciso XIII), um novo dirigente torna-se usufrutuário do estabelecimento empresarial, auferindo os frutos da exploração deste, ao passo que a sociedade devedora continua proprietária do estabelecimento.

Já a hipótese da *administração compartilhada* (inciso XIV) implica a divisão de responsabilidade entre a sociedade devedora e seus credores, ou parte deles, nas decisões administrativas de interesse da empresa em crise.

Permite a lei, ainda, que uma sociedade anônima que pleiteia a recuperação judicial recorra à *emissão de valores mobiliários* (inciso XV) que, ao serem negociados no mercado de capitais servirão como instrumentos de captação de recursos.

Por fim, prevê a lei a possibilidade de *constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor* (inciso XVI). Cuida-se da criação de uma Sociedade de Propósito Específico que adjudica em pagamento dos créditos os bens do ativo da sociedade devedora.

A recuperação judicial é um processo peculiar, que pressupõe a prática de atos judiciais não somente pelo juiz, Ministério Público e partes, mas também de alguns órgãos específicos previstos em lei.²⁸

Neste aspecto, três órgãos específicos são previstos pela lei para, em razão da complexidade dos interesses envolvidos e dos conhecimentos técnicos, deliberar e fiscalizar as medidas tendentes a possibilitar a recuperação da empresa em crise.

A recuperação judicial tem como órgãos específicos a Assembleia dos Credores, administrador judicial e o Comitê.

A Assembleia dos Credores é o órgão colegiado e deliberativo responsável, através do qual os credores da sociedade em recuperação judicial manifestam seus interesses e vontades relacionadas às medidas adotadas na recuperação.²⁹

Neste órgão, podem participar todos os sujeitos aos efeitos da recuperação judicial que tenham sido admitidos no processo.

Na recuperação judicial, a Assembleia dos Credores tem a competência, conforme artigo 35, inciso I, da lei, de aprovar, rejeitar e revisar o plano de recuperação judicial (alínea 'a'); aprovar a instalação do Comitê e eleger seus membros (alínea 'b'); manifestar-se sobre o pedido de desistência da recuperação judicial (alínea 'd'); eleger o gestor judicial, quando afastados os diretores da sociedade empresária requerente (alínea 'e'); deliberar sobre qualquer outra matéria de interesse dos credores (alínea 'f').

O Comitê é órgão facultativo da recuperação judicial. A sua instalação deve ser decidida pelos credores da sociedade em recuperação judicial, que devem deliberar se a sociedade empresária devedora explora atividade econômica capaz de arcar com as despesas com o órgão.³⁰

O Comitê pode ser instalado por exigência de qualquer das classes de credores reunidos em Assembleia. Não é necessário, portanto, que a maioria em todas as classes considere o órgão útil, bastando que ela se verifique numa única delas.³¹

28 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 389.

29 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 392.

30 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 400.

31 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 400.

O Comitê é responsável por fiscalizar o trabalho exercido pelo administrador judicial, bem como as contas da sociedade empresária em recuperação judicial. Também cabe ao Comitê, eventualmente, elaborar um plano de recuperação alternativo ao apresentado pela sociedade empresária devedora. Ainda, caso haja o afastamento dos administradores da sociedade em recuperação judicial, encarrega-se o Comitê de realizar os bens do ativo fixo e gerir o passivo necessário à manutenção da empresa, reportando suas atividades ao juiz.³²

Não sendo instalado o Comitê, as suas atribuições serão exercidas pelo administrador judicial, salvo haja incompatibilidade.³³

Por fim, há a figura do administrador judicial, que atua como auxiliar do juiz e sob sua direta supervisão. Suas funções variam conforme haja ou não o Comitê de credores e conforme tenha ou não sido decretado o afastamento dos administradores da empresa em recuperação.³⁴

Caso haja sido instalado o Comitê, o administrador judicial fica responsável pela verificação dos créditos, fica encarregado de presidir a Assembleia dos Credores e ainda de

32 Lei nº 11.101/2005. Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

II. c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

33 Lei nº 11.101/2005. Art. 28. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições

34 Lei nº 11.101/2005. Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I.a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;

c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;

d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;

e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;

f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;

g) requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;

h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;

i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

II. a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;

b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;

c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;

d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;

fiscalizar a sociedade empresária devedora. Não havendo Comitê, o administrador assumirá as funções reservadas pela lei a este órgão.³⁵

Pode o administrador judicial, ainda, ser investido no poder de administrar e representar a sociedade empresária requerente da recuperação judicial se houver sido determinado o afastamento dos diretores da sociedade em recuperação pelo juiz. Todavia, esta função perdura somente até a nomeação de um gestor pela Assembleia Geral.³⁶

35 Lei nº. 11.101/2005. Art. 28. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições

36 Lei nº. 11.101/2005. Art. 35. A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;

1.4 A EMPRESA PÚBLICA

Segundo o Decreto-lei nº 200, empresa pública é “*a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito*”.³⁷

MARÇAL JUSTEN FILHO oferece conceituação mais aprimorada: *empresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público ou de serviços de apoio ao próprio Estado*.³⁸

Em que pese o capital seja de titularidade de uma ou mais pessoas jurídicas de direito público, a empresa pública é dotada de personalidade de direito privado, o que importa determinada autonomia organizacional e titularidade de patrimônio próprio, bem como o afastamento de algumas prerrogativas de direito público.³⁹

Sua constituição se dá por forma societária, embora não exista definição precisa acerca de qual forma societária deva ser adotada pela empresa pública. É preciso, somente, que obedeça às normas de direito privado (comercial ou civil) atinentes à forma societária.

A atuação da empresa pública é somente prestacional, podendo envolver a prestação de serviço público ou o desenvolvimento de atividade econômica propriamente dita. Não dispõe, pois, de poderes regulatórios, não podendo exercer poder de polícia administrativa.

MARÇAL JUSTEN FILHO explica que a aplicação de técnicas organizacionais próprias da atividade privada gerou a multiplicação de entidades estatais modeladas segundo o figurino privado e que a proliferação destas empresas, especialmente durante as décadas de 1970 e 1980, impediu o controle estatal e da própria sociedade sobre sua atuação.

Por conta disto, inseriu-se na Constituição o art. 37, XIX e XX, que disciplina a criação da Administração indireta. O inciso XIX estabelece que apenas a lei específica pode

³⁷ Decreto-Lei 200/1967. Art. 5º. Inciso II.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 258.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 259.

criar autarquia e autorizar a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, ao passo que o inciso XX complementa a regulamentação sobre o tema, estendendo a necessidade de autorização legislativa para a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso XIX.

A submissão da organização administrativa estatal ao princípio da legalidade, abrangendo não apenas ao desenvolvimento da atividade administrativa propriamente dita, mas também à própria instituição de entes e entidades administrativas foi a solução encontrada pelo constituinte para evitar que a Administração indireta se transforme num meio de fuga ao sistema de limitação do poder.

A cautela da Constituição refletiu a preocupação em proscreever a utilização ampla e indiscriminada do patrimônio público em empreendimentos ou atividades não autorizados diretamente na Carta nem disciplinados por meio legislativo. A proliferação de empresas controladas das entidades estatais depende de autorização legislativa em cada caso. O mesmo regime constitucional se aplica a propósito da participação de qualquer empresa estatal numa empresa privada.⁴⁰

A lei não cria a empresa estatal automaticamente, mas contém a autorização para a sua criação, bem como os dados fundamentais e indispensáveis, como a forma da futura sociedade, seu prazo de duração e o modo de composição do seu capital. A par disto, é necessário o cumprimento das formalidades previstas no direito privado, que variam de acordo com a forma societária.

A natureza de pessoa jurídica de direito privado da empresa estatal, que é gerida por pessoa jurídica de direito público impõe, inevitavelmente, um cuidado ao examinar o seu regime jurídico aplicável.

Aliás, tal reflexão pode ser estendida a todas as demais entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, integrantes da Administração Pública.⁴¹

O marco inicial da análise está na peculiaridade de que tais entidades não estão integralmente subordinadas ao regime de direito público, nem estão abrangidas totalmente pelo direito privado.

40 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 260.

41 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 272.

As dificuldades na determinação do regime jurídico aplicável à atuação das empresas estatais são ampliadas em vista da variação do objeto de sua atividade, o que gera tratamento jurídico distinto.

Ensina o autor que as empresas estatais subordinam-se a regimes jurídicos diversos conforme a atividade que desempenham. Aquelas que forem exploradoras de atividade econômica têm um regime jurídico quase integralmente de direito privado.⁴² Já aquelas que forem prestadoras de serviços públicos ou fornecedoras de serviços ao próprio Estado submeter-se-ão ao regime jurídico preponderantemente de direito público.⁴³⁴⁴

Este critério de diferenciação tem origem na própria Constituição, segundo a doutrina majoritária, segundo a qual, a Constituição, ao disciplinar a intervenção estatal no setor econômico, distingue nos arts. 173 e 175, *atividade econômica* (em sentido estrito) de *serviço público*.

O art. 173 da Constituição estabelece que o Estado, em situações especiais, pode exercer diretamente atividades enquadradas no âmbito do domínio econômico propriamente dito.⁴⁵ Já o art. 175 prevê que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Estado.⁴⁶

Ou seja, a Constituição delimita um segmento de atividades econômicas que são de livre iniciativa dos particulares, segmento este em que o Estado não pode intervir senão de forma excepcional.

Tais atividades são da alçada das empresas privadas e por tal razão é que o art. 173, §1º, da Constituição estabelece que, na hipótese de o Estado explorar atividade econômica inserida neste espectro, deverá subordinar-se ao regime próprio das empresas privadas. Busca-se, deste modo, preservar a isonomia concorrencial. Há, inclusive, vedação expressa a que a entidade seja investida em algum privilégio não extensível às empresas integrantes da iniciativa privada.

42 Isso se passa no caso do Banco do Brasil e da Petrobras, por exemplo.

43 É o caso da Eletrobrás ou da Embratur, que atuam em substituição ao Estado.

44 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273.

45 Constituição Federal. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

46 Constituição Federal. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Por outro lado, prevê a Constituição as atividades de serviço público, cuja prestação incumbe ao Estado, sob o regime de direito público, estão reservadas ao Estado, mas podem ser delegadas aos particulares por meio de concessão ou permissão.⁴⁷

Ao contrário do que ocorre com as exploração de atividade econômica, portanto, não estão sujeitas à livre iniciativa, e sua prestação não observa o regime de direito privado. Sendo assim, não há impedimento a que se reconheçam vantagens e privilégios a favor da entidade.

Essa distinção foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se observa do trecho do acórdão:

As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.⁴⁸

A distinção entre empresas públicas prestadoras de serviço público e aquelas exploradoras de atividade econômica é extremamente importante, porque reflete a submissão a regimes jurídicos distintos e permite identificar, de modo imediato, o conjunto de princípios e regras aplicáveis à atuação de cada entidade. De todo modo, há alguns pontos comuns que devem ser reconhecidos.

A titularidade de personalidade de direito privado importa o afastamento de algumas características privativas das pessoas de direito público, mas não todas, como leciona MARÇAL JUSTEN FILHO.⁴⁹

Assim, a relação entre as empresas públicas e seus credores submete-se ao regime de direito privado. O pagamento das suas dívidas não se sujeita ao regime de precatórios, seus bens são penhoráveis e não são titulares de prerrogativas processuais especiais. Da mesma forma ocorre com as relações entre tais estatais e seus devedores, de modo que seus créditos

47 Constituição Federal. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

48 Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1642, Relator Ministro Eros Roberto Grau. Tribunal Pleno, julgada em 03/04/2008.

49 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 259.

não se beneficiam automaticamente do regime previsto para a Fazenda Pública, nem dispõem de competência para constituir unilateralmente títulos executivos.

Cabe fazer a ressalva de que a jurisprudência do STF tem-se orientado no sentido de que as empresas estatais prestadoras de serviço público se sujeitariam ao regime próprio das autarquias, no sentido de admitir a cobrança em face das estatais por regime de precatórios, impenhorabilidade de bens, bem como garantir-lhes a imunidade tributária recíproca.⁵⁰ Admitida essa orientação, as ponderações acima acabariam aplicáveis apenas para as empresas estatais exploradoras de serviços públicos.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, não enfrentou todas as consequências do posicionamento manifestado. Rigorosamente, equiparar as empresas públicas prestadoras de serviço público às autarquias importaria submeter tais empresas públicas aos mesmos limites e às mesmas exigências adotadas relativamente à categoria das autarquias. Para demonstrar a dimensão do problema, basta imaginar lembrar se a empresa estatal prestadora de serviço público subordinar-se ao regime das autarquias, não poderá manter colaboradores sob regime jurídico de direito privado.

De uma forma ou outra, o que não se pode admitir é que alterne entre a sujeição a um regime e à outro por conveniência. Neste sentido, é contundente a crítica formulada pelo professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO às manifestações do Supremo Tribunal Federal:

Em nosso entender, tais precedentes são perigosos e estimulam condutas abusivas por parte de empresas que se valem da condição de integrarem administração indireta para não solver os débitos que têm para com seus credores. Ainda que executem serviço público, tais privilégios as colocam em nível de desigualdade em relação a outros prestadores de serviços públicos, não qualificados como pessoas administrativas. Se, de um lado, é razoável admitir a inviabilidade da decretação de falência (note-se: para entidades administrativas prestadoras de serviços públicos), por outro não se justifica garantir-lhes a impenhorabilidade dos bens quando são réis em processo de execução. Não havendo mais situação que permita a penhora de bens ou rendas, a hipótese será a de encampação da entidade pela pessoa federativa controladora, circunstância que não comprometerá o princípio da

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 354897, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 17/08/2004.

continuidade do serviço público. O que raia ao absurdo é conferir ao Estado dupla vantagem: admitir que crie pessoas de direito privado e, ao mesmo tempo, lhes dispense tratamento privilegiado como se fosse o próprio Estado. Enfim, tudo isso decorre do confuso sistema que incide sobre sociedades de economia mista e empresas públicas.⁵¹

Mas sem dúvida deve haver um grau mínimo de incidência de direito público, que é inafastável em razão da natureza instrumental da entidade para o cumprimento de função administrativa.

A personalidade jurídica de direito privado não ilide por inteiro a natureza publicística da empresa pública, mormente em razão de seus recursos econômicos advirem do Estado. Sendo assim, não pode a empresa pública funcionar de modo absolutamente igual às empresas privadas, buscando somente o lucro, porquanto não se desvincilha de sua finalidade pública que impõe a realização dos interesses coletivos, em maior ou menor grau.

Ainda, o grau mínimo de sujeição ao direito público é maior quando tratar de empresa pública prestadora de serviços públicos.

Ocorre que, como adverte MARÇAL JUSTEN FILHO, a ampliação da complexidade da organização econômica e a busca de novas oportunidades de negócios conduziram ao surgimento de empresas estatais que desempenham atividades econômicas em sentido estrito e prestam serviços públicos, cumulativamente. Assim, tornaram impraticável a distinção do regime jurídico aplicável de acordo com a atividade exercida.

Por isso, alerta o doutrinador que a distinção entre atividades estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas pode vir a, no futuro, ser classificação superada, diante do surgimento de situações híbridas, que demandarão novas formas de solução de tais problemas.⁵²

51 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 470.

52 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 269.

1.5 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Segundo o Decreto-lei nº 200/67, sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da administração indireta”.⁵³

O doutrinador MARÇAL JUSTEN FILHO prefere afirmar que *sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público*.⁵⁴

Cuida-se de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima que, tal como as demais empresas estatais, é pessoa jurídica de direito privado, cuja finalidade última é formalizar a associação entre capitais públicos e privados, para um empreendimento conduzido sob a orientação do Estado.

Como toda sociedade anônima, é regida pela Lei nº 6.404 de 1976. Seu capital é dividido em ações e a responsabilidade dos sócios, cuja identidade é irrelevante (salvo do ente público), é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.⁵⁵

Tal como as demais sociedades anônimas comuns, caracteriza-se como uma sociedade de capital, de modo que o vínculo societário não é fundado com base na *affectio societatis* – expressão que indica uma relação subjetiva de confiança que vincula os sócios em termos personalíssimos. Sua ação é valor mobiliário, ou seja, possui valor econômico em si mesma, e pode ser objeto de negociação sem a necessidade de concordância dos demais sócios.⁵⁶

No entanto, a sociedade de economia mista não é regida integralmente pelo regime jurídico das sociedades anônimas comuns. Há regras específicas que demonstram sua natureza estatal. Com efeito, a própria Lei das Sociedades Anônimas prevê um regime jurídico diferenciado para as sociedades de economia mista nos artigos 235 a 240.

53 Decreto-Lei 200/1967. Art. 5º. Inciso III.

54 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 275.

55 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 275.

56 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 275.

Mesmo assim, o regime jurídico das sociedades anônimas é aplicado à sociedade de economia mista subsidiariamente, ou seja, naquilo em que não tiver sido excepcionado. Desta sorte, aplicam-se as regras pertinentes a abuso de poder de controle, proteção dos sócios minoritários, entre outras.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, pode-se dizer que a sociedade de economia mista é uma sociedade anônima que se diferencia pela ampliação dos instrumentos de limitação de poder dos sócios controladores.⁵⁷

A sociedade de economia mista é um ente de natureza associativa, cujo patrimônio advém da contribuição de diferentes sujeitos, públicos e/ou privados. Em que pese a sociedade de economia mista admita sócios privados, tal pode simplesmente não ocorrer. É dizer, existe a possibilidade de participação de particulares na empresa explorada pela sociedade de economia mista, mas não se trata de fator necessário para a configuração do ente como sociedade de economia mista. É perfeitamente possível a criação de sociedade de economia mista com a presença somente de entes públicos, ou mesmo de um único ente público.

Imprescindível é que o poder de controle pertença ao ente público interessado na criação da sociedade de economia mista. O referido poder de controle é aquele definido pela Lei das Sociedades Anônimas. Considera-se, de acordo com o aludido diploma legal, acionista controlador *“a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”*.⁵⁸

Há de pertencer ao ente público, portanto, o poder de determinar o destino da sociedade, o que se traduz especialmente na eleição da maioria dos administradores da companhia, submetendo-os à observância de diretivas e orientações. MARÇAL JUSTEN FILHO complementa:

“Não é incompatível com a noção de sociedade de economia mista que haja controle conjunto com sujeitos privados. Assim, é perfeitamente válido que o

57 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 276.

58 Lei 6.404/1976. Art. 116.

Estado promova acordo de acionistas com um ou mais particulares, disciplinando o exercício do direito de voto. O fundamental será que esse acordo de acionistas não resulte na eliminação do poder de o Estado eleger a maioria dos diretores ou a imposição de orientação ao funcionamento dos órgãos societários.”⁵⁹

É importante observar que a Lei das Sociedades Anônimas, no seu artigo 238 determina que “*a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação*”.

De resto, as considerações realizadas a propósito da empresa pública também se aplicam às sociedades de economia mista, especialmente aquelas referentes à natureza de sua atividade social e o regime jurídico aplicável. Da mesma forma que estabeleceu-se para as empresas públicas, a atividade exercida pela sociedade de economia mista deve enquadrar-se no âmbito de prestação de serviço público ou de exploração de atividade econômica em sentido próprio.

Todavia, que a empresa pública e a sociedade de economia mista estejam regidas de modo semelhante quando à natureza de sua atividade e, conseqüentemente, a definição das normas jurídicas a serem aplicadas não significa que o regime jurídico de ambas seja necessariamente idêntico. Há uma diferença marcante entre as duas figuras.

A empresa pública é, por essência, uma instituição exclusivamente estatal, haja vista que em que pese possa haver participação vários sócios em seu capital, a empresa pública será sempre constituída com patrimônio exclusivamente público. Diferentemente, a sociedade de economia mista, que também pode ser formada apenas por sócios integrantes da órbita estatal, admite a participação de empreendedores privados no seu capital social, desde que o controle da sociedade de economia mista seja mantido com uma entidade estatal.

Tal diferença entre as figuras de empresas estatais é de grande importância. MARÇAL JUSTEN FILHO explica que quando houver sócios privados participando da sociedade de economia mista, o regime jurídico será afetado. Segundo o autor, a presença de sócios privados no quadro societário da sociedade de economia mista tem condão de acentuar o caráter lucrativo da sociedade e especulativo do capital. Dessa sorte, inclusive por

59 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 276-277

obediência às normas gerais de direito societário, que impõem aos administradores o respeito e a promoção dos interesses de todos os sócios, dos minoritários inclusive, a sociedade de economia mista inclinar-se-á mais em direção à busca de lucros. Naturalmente que se torna difícil conciliar os interesses dos sócios particulares, que são essencialmente a operação da empresa da forma mais lucrativa possível, com os fins administrativos buscados pela empresa estatal, sobretudo na hipótese de uma sociedade de economia mista de capital aberto, por exemplo.⁶⁰

Essa situação traz a questão difícil que é a definição da natureza e da finalidade das sociedades de economia mista. Neste aspecto, FABIO KONDER COMPARATO, em breve excerto, sintetiza o problema a ser enfrentado:

“Consideremos, outrossim, o caso das sociedades de economia mista. A sua criação só se justifica, evidentemente, para exercício de uma função eminentemente social, não fazendo sentido que o Estado procure obter ingressos públicos com a especulação lucrativa, que não é simples amortização de investimentos. Se na sociedade de economia mista só o Estado é empresário, por força de lei, por que teimar em manter a ficção do voto em assembleia e da partilha de lucros entre sócios? Se há interesse em atrair o investimento privado nesse tipo de atividade empresarial, como entendemos que existe, ele pode, perfeitamente, consubstanciar-se em papéis de renda fixa, com direito ao incremento dos chamados “ganhos de capital”, ou seja, sem as características de um empréstimo.”⁶¹

De fato, o estudo do funcionamento das sociedades de economia mista traz mais questionamentos que respostas. Evidentemente que a sociedade de economia mista, como toda organização estatal, tem o dever de ampliar a sua eficiência operacional, em razão dos princípios da moralidade e da eficiência, que, em prática, impõem à Administração Pública que reduza ao mínimo os gastos e amplie ao máximo as vantagens.

Ocorre que uma atuação ineficiente e não lucrativa da sociedade de economia mista, que inquestionavelmente representa um meio de o Estado beneficiar determinados grupos ou parcelas da sociedade, pode ser justificável se estiver em harmonia com o interesse social.

60 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. pp. 277-278.

61 COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 460.

O Estado tem o dever de nortear suas atividades de modo a promover o interesse público e os objetivos consagrados na Constituição. Certamente que, ao investir dinheiro público em uma sociedade dotada de personalidade jurídica de direito privado, deve gerenciá-la segundo os parâmetros próprios da eficiência preconizada no âmbito da iniciativa privada. No entanto, sua vinculação à promoção do bem comum pode se traduzir em certas liberalidades que afastem a atuação da empresa da busca pelo lucro e aproximem-na de um funcionamento administrativo.

Todavia, MARÇAL JUSTEN FILHO aponta duas situações em que não se admite a atuação não lucrativa. A primeira ocorreria nos casos de competição com particulares. Trata-se de uma exigência que visa evitar a concorrência desleal entre o Poder Público e os particulares. Isto porque, se o Estado passa a atuar em um setor econômico em que há livre concorrência e não nortear sua atividade pelo princípio da eficiência, acabará por prejudicar os competidores privados, tomando-lhes sua parte do mercado ao praticar preços reduzidos e ruinosos, tornando-se mais competitivo e atraente aos olhos do mercado às custas de seu próprio prejuízo, impossibilitando a concorrência dos privados, visto que não teriam condições de arcar com os mesmos prejuízos. A segunda situação, para o autor, relaciona-se às sociedades de economia mista. Ao recorrer aos particulares para captar recursos para a exploração de uma atividade empresarial, acenando com o retorno de lucros, será vedado ao Estado ignorar os interesses dos particulares aos quais se associou.⁶²

A titularidade de personalidade de direito privado importa o afastamento de algumas características privativas das pessoas de direito público, igualmente ao que ocorre com as empresas públicas.

Ainda, MARÇAL JUSTEN FILHO entende que as características da sociedade de economia mista são absolutamente incompatíveis com o regime próprio das autarquias. Vislumbra o autor, portanto, existirem impedimentos absolutos à extensão a uma sociedade de economia mista da jurisprudência desenvolvida pelo STF a propósito das empresas públicas prestadoras de serviços públicos.⁶³

Tal porque a sociedade de economia mista apresenta necessariamente a forma de sociedade anônima cujo capital advém do Estado bem como de particulares, ao contrário da

62 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 278.

63 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 279.

empresa pública, que não traduz associação entre o Estado e um particular, nem é constituída sob forma de sociedade empresária. Os particulares que aplicam os seus recursos numa sociedade de economia mista buscam o lucro e assumem os riscos correspondentes. Não é possível assegurar benefícios inerentes ao Estado a uma empresa organizada com vocação para o lucro.

Sem mencionar que muitas das sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos atuam em competição com outras empresas privadas, de forma que qualquer tratamento que assegure àquelas benefícios não extensíveis a estas importaria em flagrante inconstitucionalidade, em razão precisamente da equiparação constitucional do art. 173, §1º, analisada no capítulo das Empresas Públicas.

A respeito, STF reconheceu a repercussão geral da questão no julgamento do recurso extraordinário 599.628 e decidiu pela impossibilidade de extensão dos privilégios Fazendários às sociedades de economia mista que distribuem lucro ou atuam em regime de concorrência.

“FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA. Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição). Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.”⁶⁴

64 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 599628, Relator Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2011.

2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

2.1 O POSICIONAMENTO DE HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

A primeira solução, defendida por HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, propõe que o instituto da falência é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista. Este ponto de vista baseia-se, sobretudo, na natureza jurídica de tais entes, que são criados como pessoas jurídicas de direito privado, a teor da legislação.

Trata-se de vislumbrar que a mera forma empresarial de que se revestem estes entes da Administração Pública Indireta é suficiente para justificar a sua sujeição a um regime jurídico predominantemente de direito privado.

A sujeição à falência das estatais, serviria como forma de resguardar os credores da insistência (imoral) do Estado em não recapitalizar a empresa pública ou sociedade de economia insolvente.

Ocorre que, como se viu, com a revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, a legislação deixou de prever a garantia dos credores consistente na responsabilidade subsidiária do Poder Público pelo cumprimento das obrigações inadimplidas pela entidade estatal.

Eis que além da revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas excluir a possibilidade de demandar contra o Poder Público controlador os créditos inadimplidos pela sociedade de economia mista insolvente, a a atual Lei de Falência e Recuperação Judicial vedou a instauração da execução concursal contra tais estatais, gerando uma situação de risco injusto para os credores de tais empresas.

Estas sociedades não estavam sujeitas à falência, mas havia a previsão de responsabilidade subsidiária do controlador nos termos do art. 242 da Lei 6.404/76, o qual, no entanto, foi revogado de forma expressa pela Lei 10.303, de 31.10.2001, bem como o art. 241 revogado pelo Dec. Lei 2.287, de 23.7.1986, o que criou um aparente vácuo legislativo que somente teria sido preenchido pela nova Lei de Recuperação e de Falência de empresas,

na qual foi mantida a sua exclusão e da empresa pública dos efeitos da reformulação ora efetuada.⁶⁵

O ilustre autor, portanto, defende a possibilidade de falência, mas não de recuperação judicial, das empresas públicas e sociedades de economia mista. Para o doutrinador, a assunto não pode se esgotar na aplicação pura e simples da lei falimentar atual, sob pena de se criar um regime jurídico injusto (e inconstitucional como se verá).

Primeiramente, jamais deveria o Estado permitir que uma entidade estatal por ele controlada restasse insolvente perante seus credores. É que toda empresa pública ou sociedade de economia mista, prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica, é criada para promover um interesse público.

Em efeito, a participação do Estado na exploração de atividades econômicas por meio de empresas públicas ou de sociedades de economia mista somente pode ocorrer quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme disposição constitucional (CF, art. 173, caput).

Assim sendo, a insolvência da entidade estatal pode representar uma de duas possibilidades, ou a empresa está sendo mal gerida e o cumprimento de sua função social está sendo ou será prejudicado, o que viola o princípio constitucional da eficiência da administração pública, ficando obrigado o Estado a socorrer a empresa, pois; ou não subsiste mais o interesse público na promoção daquela atividade e, neste caso, o princípio constitucional da moralidade da administração pública imporia a liquidação da empresa pelo Estado, juntamente com o adimplemento de suas obrigações pendentes perante seus credores.

Contudo, tendo em conta os princípios que regem o Direito Administrativo, especialmente o princípio da moralidade administrativa, também de matriz constitucional (art. 5º, inciso LXXIII), estaria impedido o Estado de deixar insolventes os instrumentos dos quais se utiliza para o exercício do seu papel constitucional. Disto resultaria que, diante da insolvência de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista, dever-se-ia entender que o Estado é subsidiariamente responsável, nada impedindo que os credores requeressem sua falência quando não pagos, cabendo ao síndico efetivar judicialmente tal responsabilidade. Neste sentido, se o Estado viesse

65 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. volume 3. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 748.

a não se interessar mais, por qualquer motivo, manter solvente uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, não poderiam os credores desta experimentar quaisquer prejuízos. Neste caso, a falência implicaria na liquidação do ente, cujo passivo seria inteiramente pago com a venda dos seus ativos e a complementação do saldo restante a cargo do Estado, subsidiariamente responsável.⁶⁶

Aliás, mesmo as empresas públicas ou sociedades de economia mista em funcionamento que estejam gerando lucros, se não mais preenchem aqueles pressupostos constitucionais, deveriam ser privatizadas.

Explica o ilustre doutrinador que é o caso de alguns bancos públicos federais com função meramente comercial, cuja atividade pode ser perfeitamente desenvolvida pela iniciativa privada.

De uma forma ou de outra, portanto, a insolvência da empresa estatal não se harmoniza com os princípios constitucionais da administração pública, razão pela qual deve ser reconhecido aos credores, no mínimo, o direito a demandar os créditos inadimplidos perante o Poder Público controlador.

Ora, a revogação do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas não poderia implicar o fim da responsabilidade subsidiária do Poder Público pelas obrigações inadimplidas das entidades estatais por este controladas. Na hipótese de a sociedade de economia mista ou empresa pública cair em insolvência, ausente o interesse do Poder Público em recapitalizar a entidade estatal, a subsistência da responsabilidade indireta do Estado pelos débitos inadimplidos seria a única forma de se atender ao princípio da moralidade da administração pública.

Isto porque, em determinada situação concreta na qual se verifique algum interesse do Estado em fazer minguar até a inadimplência uma sociedade de economia mista, com prejuízo para seus credores e acionistas minoritários, a supressão da responsabilidade subsidiária do controlador não pode ser escudo impenetrável contra o Estado e os administradores por ele eleitos para tal companhia de economia mista. Neste caso, a moralidade do direito administrativo somente estaria atendida com o reconhecimento da

66 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 101.

permanência da aludida responsabilidade do controlador e dos administradores por perdas e danos causados aos acionistas e a terceiros quando caracterizados abuso de poder de controle e omissão no exercício dos cargos administrativos.⁶⁷

Dessa sorte, ao excluir as sociedades de economia mista e empresas públicas do regime falimentar e suprimir a possibilidade de demandar contra o Poder Público os créditos inadimplidos por aqueles entes estatais, o legislador deixou os credores sem qualquer garantia de receber seus créditos. Resume o ilustre doutrinador: “...o princípio da moralidade do direito administrativo não se coaduna com a revogação do art. 242 da LSA, caso em que o Estado tirou com uma mão, e não devolveu com a outra.”⁶⁸

Da mesma forma, insistindo o Estado em não capitalizar a empresa estatal sob seu controle, de modo que esta possa honrar seus débitos perante os credores, caberia a decretação de sua falência.

De toda sorte, a par da análise da infringência aos princípios constitucionais da atuação do Poder Público, a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico de direito privado, conforme determinação constitucional (art. 173, §§1º a 3º da Constituição Federal), deixava sem abrigo constitucional a exclusão das sociedades de economia mista do regime falimentar, prevista antigo artigo 242 da Lei das Sociedades Anônimas, e não admite, da mesma forma, a exclusão absoluta das entidades estatais prevista no art. 2º, I, da Lei de Falências.

A possibilidade da decretação de falência deve ser admitida em razão da inconstitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei de Falências, diante da determinação constitucional da extensão do regime jurídico que rege as empresas privadas (direito privado) às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica.

No entanto, deixa de ser desnecessária toda a construção jurídica que foi feita até aqui para procurar dar aos credores de tais sociedades algum tipo de proteção quando se tem em conta o disposto no art. 173, 1º a 3º da Constituição Federal, cuja a leitura demonstra de forma cabal a

67 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. volume 3. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 748

68 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de direito comercial. volume 3. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 748.

inconstitucionalidade do inciso I do art. 2º da Nova Lei de Recuperação e de Falência das Empresas.

Como se verifica de forma muito clara, a extensão às empresas públicas e às sociedades de economia mista do regime jurídico próprio das empresas privadas é total, inclusive no campo trabalhista e tributário. Consequentemente, o mesmo se daria quanto à sua recuperação e à falência.⁶⁹

Não se entendendo assim, os credores de empresas públicas e de sociedades de economia mista somente teriam o direito de mover ações individuais para a satisfação dos seus créditos, e a impossibilidade de instauração do concurso de credores do procedimento falimentar conduziria àquelas mesmas injustiças que sabidamente o processo de falência visa evitar: os credores mais ágeis poderiam obter a satisfação dos seus créditos por meio de eventual penhora de bens e quando estes se esgotassem, os demais credores nada receberiam.

Ausente a responsabilidade subsidiária do Poder Público controlador, este só poderia responder, no máximo, por abuso de poder de controle da sociedade de economia mista, conforme dispõe o art. 238 da Lei das S/A. Há de se ressaltar ainda que tal responsabilidade somente se coloca diante dos seus acionistas, dos empregados e da comunidade em que atua e não perante os credores.

Entender, por outro lado, que haveria um dever do Estado em manter solventes as sociedades de economia mista e empresas públicas, ainda que fossem economicamente inviáveis, não representa solução mais correta.

Afinal, em que pese preserve a igualdade de todos os credores de tais empresas, isto geraria um inútil custo social, sem mencionar que atentaria ao princípio constitucional da eficiência da administração pública, uma vez que não há razão para que o Estado explore atividades econômicas completamente inviáveis, salvo se existir obrigação estatal do exercício daquela atividade, hipótese em que lhe deveria ser vedado buscar capitais privados para compartilhar os prejuízos certos.

Complementa o autor que, ao contrário da falência, o Estado estaria impedido de recorrer aos sistemas de recuperação judicial ou extrajudicial de tais entidades, uma vez que

69 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 100.

haveria completa incompatibilidade do regime de recuperação de empresa com o regime jurídico que baliza a atuação do Poder Público, notadamente com os princípios da moralidade e eficiência da administração pública.⁷⁰

70 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 98

2.2 O POSICIONAMENTO CONTRÁRIO À SUJEIÇÃO DAS ESTATAIS AO REGIME FALIMENTAR E DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

De outro lado, parte da doutrina afasta categoricamente a possibilidade de empresas públicas e sociedades de economia mista submeterem-se à falência e à recuperação de empresa. Este é o entendimento que, obviamente, melhor se alinha ao texto da lei de falências.

De fato, a referida Lei de Falências prevê, no art. 2º, a exclusão completa e absoluta dessas empresas de sua incidência, de modo que a sociedade de economia mista e a empresa pública não estão em nenhuma hipótese sujeitas à falência, nem podem pleitear a recuperação judicial.⁷¹

Para muitos autores, a simples determinação legal da exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista encerra o assunto da possibilidade de falência e recuperação de tais estatais.

Estão expressamente excluídos da falência: sociedades cooperativas, empresa pública, sociedade de economia mista, bem como instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de saúde, seguradoras e capitalização.⁷²

O art. 2º afasta a regra geral estabelecida pelo artigo primeiro no que tange à legitimidade passiva, nas exceções elencadas no inciso I e II. Portanto, as entidades acima, mesmo quando empresárias, não estarão sujeitas aos termos da presente lei.⁷³

Com efeito, o ilustre professor NEWTON DE LUCCA expressa seu posicionamento no sentido de, a despeito de rechaçar a possibilidade de falência e recuperação de empresa das empresas públicas e sociedades de economia mista, admite a sujeição ao regime falimentar das empresas controladas pelo Poder Público, mas que não consistem (por questões formais)

71 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

72 ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 48.

73 ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Confrontada e Breves Anotações. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 17.

em estatais. Para o autor, estas sociedades podem sujeitar-se à falência, mas em nenhuma hipótese podem utilizar-se dos mecanismos de recuperação de empresa.

Defende o professor que apenas duas espécies – as mais importantes, sem dúvida, das três existentes de empresas estatais, segundo a melhor doutrina – foram excluídas do regime da nova lei. As três espécies a que se refere são as empresas públicas, as sociedades de economia mista e aquelas empresas que, embora não reunindo os requisitos próprios para que possam ser consideradas públicas ou mistas, não deixam de ser controladas pelo poder público.

Assim, as empresas simplesmente controladas pelo poder público e que exerçam atividade econômica – mas que, à míngua dos requisitos necessários, não podem ser consideradas empresas públicas ou sociedades de economia mista – não estão contempladas pela exclusão do inciso I do artigo 2º, podendo falir, de um lado, ao mesmo tempo em que não poderão se utilizar dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, tal como estes se acham previstos na nova lei.⁷⁴

De outra banda, muitos doutrinadores distinguem dentro das hipóteses do referido art. 2º, hipóteses de exclusão relativa e absoluta da incidência das normas contidas naquele diploma legal. E nesta divisão, compreendem como exclusão absoluta a reserva que a lei faz às sociedades de economia mista e empresas públicas.

O ilustre jurista RICARDO NEGRÃO salienta que, embora seja aplicável a quase todo universo de atividades empresariais, a Lei Falimentar prevê um pequeno número de exceções. Significa: nem todos os empresários estão sujeitos à falência ou à recuperação de empresas em Juízo, porquanto estão excluídos os empresários excepcionados no art. 2º da referida lei. Segundo o autor, a exclusão pode ser absoluta, como é a hipótese da sociedade de economia mista e empresa pública, ou relativa.

Uma investigação mais acurada permite distinguir as hipóteses legais em casos absolutos e relativos de não incidência.

74 DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 88.

São de não incidência absoluta as duas hipóteses previstas no art. 2º, I (empresa pública e sociedade de economia mista) e um caso do art. 2º, II (entidade de previdência complementar) da Lei Falimentar.⁷⁵

Todavia, o posicionamento que defende a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista do regime falimentar é anterior à publicação da atual lei de falências. Trata-se de corrente doutrinária que entende como incompatíveis os regimes jurídicos e cuja lógica parece ter sido acolhida pelo legislador ao editar a Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Exponente desta corrente doutrinária é o ilustre professor RUBENS REQUIÃO. Explica o jurista que na década de 1950, no Paraná, diversas sociedades de economia mista estaduais fracassaram completamente, chegando a ter títulos protestados devido à péssima gestão administrativa e financeira. De tal modo que os credores desesperados cogitaram lhes pedir judicialmente a falência.

Destarte, o ilustre jurista, ao participar do Simpósio Sobre Sociedades Anônimas, em 1970, sustentou que não se concebia a declaração de falência de sociedade de economia mista e sua submissão ao processo comum falimentar.

De acordo com o autor, a sugestão defendida no aludido Simpósio foi acolhida pelo legislador para a edição do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas.

A solução adotada pelo legislador à época, portanto, foi a de que, insolvente uma sociedade de economia mista, impunha ao poder que a criou e que detinha o seu controle levá-la à dissolução e liquidação. A sua responsabilização subsidiária pelas obrigações da estatal, dispensaria, como garantia dos credores, o processo falimentar.⁷⁶

O aspecto mais contundente para os juristas que rechaçam a possibilidade de falência e recuperação de empresa das sociedades de economia mista e empresas pública é, sem dúvida, a titularidade do capital majoritário (ou integral) de tais entidades.

Existiria, portanto, uma incompatibilidade entre a proteção conferida pela Constituição Federal, através dos princípios da administração pública, ao capital público e o procedimento falimentar, no qual, sabidamente, um síndico nomeado pelo juiz passa a gerir a

75 NEGRÃO, Ricardo. Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências : Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 68.

76 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, 2º volume. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

massa falida. A supremacia do interesse público obstaría, axiologicamente, a sujeição da estatal ao regime falimentar, em que pese tais entidades possam, na hipótese do art. 173, §1º, inciso II, da CF, estar submetidas ao regime jurídico aplicável às empresas privadas.

Neste sentido, argumenta FAZZIO JÚNIOR., que as sociedades de economia mista e, da mesma forma, as empresas públicas não se sujeitam à recuperação judicial ou à falência, em caso de insolvência. Em que pesem sejam pessoas jurídicas de direito privado, seu regime jurídico não possibilita que sejam sujeitas à recuperação judicial nem à falência, porquanto, no caso da sociedade de economia mista, não obstante o art. 173, §1º, inciso II, da CF destina-lhe o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, não o faz quanto ao regime de insolvência, reconhecidamente especial e específico; já no caso da empresa pública, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado, seu capital é integralmente público - “*a pessoa é particular; o capital é público*” - e se a empresa pública acusar prejuízo continuado, poderá ser liquidada ou incorporada a outra entidade por ato do Poder Executivo, de acordo com o Decreto-lei 200/67.⁷⁷

Ocorre que, como analisou-se, a vedação da aplicação do regime falimentar às sociedades de economia mista, esculpida no revogado artigo 242 da Lei das Sociedades Anônimas foi compensada, em termos de garantia aos credores, pela responsabilização subsidiária do Poder Público controlador, bem como pela penhorabilidade dos bens da sociedade.

A imunidade da sociedade de economia mista ao procedimento falimentar, na versão original do artigo 242 da Lei das S/A, veio a ser extinta com a revogação do aludido artigo com o advento da Lei nº 10.303 de 2001, razão pela qual os argumentos a favor da sujeição das estatais ao processo de falência ganharam força.

A aludida revogação, todavia, recebeu críticas por parte da doutrina. Afinal, quem considerava inconcebível que uma sociedade formada com a mescla de capitais público e privado estivesse sujeita à falência, seguiu sustentando a existência de responsabilidade subsidiária do Poder Público, porquanto a obrigação do Estado seria, necessariamente, a de provocar a dissolução da estatal em caso de insolvência.

77 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 584.

Para estes autores, portanto, o Poder Público controlador segue responsável subsidiariamente pelo adimplemento das obrigações em caso de insolvência da estatal. O ilustre doutrinador SERGIO CAMPINHO é conciso ao explicar:

A Lei nº 11.101/2005, em seu artigo 2º, exclui, explicitamente, a sociedade de economia mista e empresa pública de sua incidência, retornando, em relação à primeira, ao conceito central traduzido na versão original da Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A). Assim, não podem ser sujeito passivo de falência ou de recuperação judicial e extrajudicial ditas pessoas jurídicas. No caso de estarem insolventes, cabe ao Estado a iniciativa de dissolvê-las, arcando com os valores necessários à integral satisfação dos credores, sob pena de não se poder realizar uma dissolução regular, a que está obrigado, em obediência aos princípios da legalidade e da moralidade, inscritos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.⁷⁸

O professor VILLELA SOUTO, da mesma forma, considera inaplicáveis a falência ou a recuperação judicial a empresas públicas e sociedades de economia mista.

Afinal, a necessidade de criação da empresa pública ou sociedade de economia mista por lei revela a presença de um relevante interesse coletivo ou de um imperativo de segurança nacional.

Ora se nem o poder controlador (Estado) pode, pelo seu representante na companhia, decidir alienar o controle, nem o Judiciário, com o afastamento dessa necessidade de manifestação política, da conjunção de vontades entre o Executivo e o Legislativo, pode suprimir tais condições que foram reconhecidas em lei, não parece razoável admitir que a empresa estatal seja extinta pelo processo falimentar, em que há nomeação pelo juiz de um síndico da massa falida, cujo dever será de arrecadar o patrimônio da empresa, inventariar, avaliar e transformar esse patrimônio em pecúnia, de modo a atender o interesse privado dos credores.

Conclui o ilustre jurista, portanto, pela necessidade de uma lei para extinguir a sociedade de economia mista ou empresa pública:

Não me parece que o estudo do direito público autorize essa inversão de valores para que o “relevante interesse coletivo” e o “imperativo de

⁷⁸ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 23.

segurança nacional” sejam colocados de lado privilegiando interesses financeiros privados, que podem ser atendidos pela subvenção econômica. O Estado não nasce para produzir lucros e sim para prestar serviços e pode se valer da forma empresarial para tanto, havendo, pois, necessidade de uma decisão de natureza política, materializada em lei, no sentido de qual será o melhor destino para se dar tratamento às situações de insolvência das empresas estatais. Isso pode se resolver sem a necessidade de um processo falimentar, como sempre se fez, se aportando recursos via subvenção econômica nos orçamentos, mas preservando a existência da empresa.⁷⁹

Para VILLELA SOUTO, portanto, o fato de o art. 242 da Lei da S.A. ter sido revogado pela Lei nº 10.303/2001 não operou nenhuma mudança no entendimento anterior, segundo o qual, nem a sociedade de economia mista, nem a empresa pública, estão sujeitas à falência.

Na situação de insolvência da empresa estatal, prevalece o interesse público sobre o interesse dos credores da empresa. A existência das estatais está sujeita a um regime jurídico híbrido, preponderantemente de direito público, não se afastando, por conta do art. 173, §1º, CF, e da Lei nº 10.303/2001, as normas de direito público.

Quando deixa de haver “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”, tal situação deve ser reconhecida e a privatização é um dever que decorre do princípio da livre iniciativa – CF, art. 2º, IV – que acarreta para o Estado o dever de abstenção. A existência da entidade passa a ser inconstitucional e, portanto, existe a possibilidade de ir a juízo reclamar a declaração de tal fato, ou até mesmo, o concorrente direto dessa empresa tem o seu direito líquido e certo à observância do princípio da livre iniciativa.⁸⁰

De modo diverso se posicionava CRETELLA JÚNIOR., ao sustentar que poderiam, em tese, sujeitar-se à falência as empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo, todavia, esta hipótese infactível, uma vez que estando a estatal insolvente, seria de pronto socorrida pelo Estado, em preservação do interesse público que motivou sua criação.

79 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 164.

80 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 164.

Com efeito, o autor adota posicionamento que se situa entre os posicionamentos dos autores que consideram possível a falência e recuperação de empresa das empresas estatais e daqueles autores que rechaçam esta possibilidade.

De fato, ao analisar o regime jurídico da sociedade de economia mista e da empresa pública, no Brasil, reconhece que em consequência de gestão desastrosa ou má administração, a sociedade de economia mista e a empresa pública podem tornar-se insolventes, deixando de pagar as dívidas contraídas – devendo o Estado socorrê-las em caso de prestarem serviços públicos.

A sociedade de economia mista e a empresa pública, como qualquer sociedade privada, estaria sujeita à decretação de falência. É claro que o Estado tem interesse em evitar a falência, em nome da continuidade do serviço público e, para isso, pode socorrê-la, propiciando-lhe recursos para pagamento dos credores. Do contrário poderá haver penhora e execução de seus bens, respondendo o Estado subsidiariamente.⁸¹

Todavia, não há como negar que a responsabilidade subsidiária do Poder Público coloca tais entidades em situação jurídica de vantagem em relação às empresas privadas em geral, uma vez que estão garantidas pelo Poder Público, que é sempre solvente. Estas empresas tornam-se mais atraentes aos olhos dos investidores, portanto, que as demais empresas privadas.

81 CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo, vol. I: teoria do direito administrativo. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 101

2.3 O POSICIONAMENTO A FAVOR DA DISTINÇÃO ENTRE ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA

Adiante, o posicionamento mais difundido na doutrina, que aceita a hipótese de decretação de falência e de recuperação judicial para as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Extrai-se tal critério da própria Constituição Federal, para distinguir quais estatais estariam submetidas a regime jurídico de direito privado e, portanto, sujeitas ao regime de falência. De acordo com o texto constitucional, as estatais exploradoras de atividades econômicas estariam sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas (de direito privado) e, desse modo, à falência.

Destarte, a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista, de modo integral, prevista na Lei de Falências é inconstitucional, porquanto afasta a possibilidade de falência das empresas estatais não prestadoras de serviços públicos.

Afinal, as empresas públicas e sociedades de economia mista foram concebidas para facilitar ao Estado a exploração de atividade econômica (em sentido amplo), mediante a prestação de serviço público ou exploração direta de atividade econômica (em sentido estrito) pelo Estado.

É o que se extrai da leitura do art. 5º, I e II, do Decreto-Lei nº 200/67, com redação modificada pelo Decreto-Lei nº 900/69, em que se observa que as sociedades de economia mista e empresas públicas foram conceituadas como entidades criadas por lei para exploração de atividade econômica.⁸²

82 Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

(...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Quando presta serviço público, ainda que através de empresa estatal, o Estado exerce atribuição que lhe é própria, em que pese não lhe seja exclusiva, podendo ser objeto de concessão, por exemplo.

Quando exerce atividade econômica em sentido estrito, por sua vez, atua no mercado, competindo com os demais agentes. Não obstante as empresas estatais sujeitam-se ao planejamento elaborado pelo Poder Público, não deixa de consistir em um agente econômico influente no mercado, sobretudo no aspecto concorrencial.

Por esta razão, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só deve ser feita excepcionalmente e por razão justificada, quando necessária em razão de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei (CF, art. 173).

E inseridas no âmbito desta excepcionalidade, as empresas estatais que exercem exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços sujeitam-se ao regime das empresas privadas por expressa determinação constitucional (CF, art. 173, §1º, II).

O que se observou, todavia, foi a introdução de estatais de forma desvirtuada, permitindo que estas empresas tivessem ingerência na prestação dos serviços públicos. A distorção de sua finalidade acabou por enfraquecer a distinção entre estatais criadas para prestação de serviço público das estatais criadas para explorar atividade econômica.

Tal distinção é de suma importância para a definição do regime jurídico aplicável, uma vez que a Constituição forneceu os princípios específicos à atividade econômica (em sentido estrito), dentre os quais estão o da livre iniciativa, da livre concorrência e da propriedade privada, em seu Título VIII, Capítulo I. Neste Capítulo, assegurou a todos a livre exploração de atividade econômica, independentemente de autorização pública, exceto casos específicos previstos em lei.

Impende destacar que, a rigor, a exploração de atividade econômica é da alçada dos particulares e não do Poder Público.

E neste sentido, como mencionado anteriormente, permite a Constituição Federal a exploração de atividade econômica pelo Estado apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, ressalvados os casos previstos constitucionalmente.

Entende-se, portanto, que qualquer hipótese diversa das constitucionalmente previstas não justificaria a criação de um ente estatal, acarretando a interferência inconstitucional do legislador à livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de atividade econômica.

E ainda quando forem observadas as balizas constitucionais para criação de um ente estatal para exploração de atividade econômica, urge que sejam observadas os referidos princípios, submetendo a empresa estatal a um regime mais próximo possível do aplicado às empresas particulares, com a finalidade de se evitar que desfrute de vantagem em relação aos particulares, preservando a livre iniciativa e a livre concorrência entre o Estado e os particulares.

É com base nesta análise acerca do regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista que muitos doutrinadores chegaram à conclusão de que o art. 2º, I, da Lei de Recuperação de Empresa e de Falência padeceria de inconstitucionalidade no que tange à exclusão das estatais exploradoras de atividade econômica (em sentido estrito) do âmbito de sua incidência.

Afinal, a Constituição Federal é clara ao prever que as referidas estatais sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quando aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Trata-se, portanto, de reconhecer que a legislação de recuperação de empresas dispõe sobre direitos e obrigações comerciais, para concluir que tanto a empresa pública quanto a sociedade de economia mista estão sujeitas a ela, por força de disposição constitucional.

Não foi o entendimento consolidado na Lei de Recuperação Judicial e de Falência, todavia, que acabou por contrariar o texto constitucional, ao excluir de sua aplicação a empresa pública e a sociedade de economia mista.

À toda evidência as empresas estatais visam ao cumprimento de sua função social, e seu escopo não é exclusivamente lucrativo, inclusive por força de previsão legal, como no caso das sociedades de economia mista, que também devem atender ao interesse público que justificou sua criação.⁸³

⁸³ Lei 6.404/76. art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

Ocorre que, ainda que passível de críticas, a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime falimentar e de recuperação de empresa encontra respaldo no texto constitucional, que é claro ao conferir isonomia ao regime das empresas privadas.

Aliás, a referida inconstitucionalidade já era, como se viu, arguida antes do advento da atual Lei de Recuperação de Empresa e de Falências, quando, de acordo com parte da doutrina, houve a colisão entre o revogado artigo 242 da Lei de Sociedades Anônimas com o art. 173, §1, II da Constituição Federal de 1988.

Para lembrar, a redação original da lei das sociedades por ações (art. 242) excluía as sociedades de economia mista da aplicação das disposições da então lei falimentar, conforme explicado em sua Exposição de Motivos: *“A razão do preceito – similar ao de outras legislações estrangeiras – é óbvia: o interesse público, que justifica a instituição, por lei, de uma companhia de economia mista, não permite admitir que sua administração possa ser transferida para credores, através do síndico, como ocorre na falência. Visando, todavia, ao esclarecimento de futuros credores e financiadores, que poderiam duvidar da penhorabilidade dos bens, ou retraindo créditos, o art. 243 ressalva expressamente a possibilidade de execução dos bens das companhias mistas”*.

Posteriormente, com a equiparação ao regime jurídico das empresas privadas, feita pela Emenda 12/78 à Carta Magna anterior, e mantida na Constituição de 1988 (art. 173, §1º, II), embora com pequenas modificações no texto, a exclusão do regime falimentar prevista no art. 242 da lei do anonimato passou a ter sua constitucionalidade questionada. Em razão de disso, o artigo 242 foi revogado pela Lei 10.303/2001.

Tratam-se de ações completamente contraditórias do legislador que, primeiro revoga a isenção das sociedades de economia mista do procedimento falimentar em face de sua constitucionalidade, mas pouco mais de três anos depois, reinclui-a na Lei 11.101/2005.

O autor ALOISIO ZIMMER JUNIOR também defende a aplicação da lei falimentar às estatais exploradoras de atividades econômicas como única forma de harmonizar o art. 2º, I, da Lei de Falências com o art. 173, §1º, II, da Constituição Federal no sentido de se preservar a livre iniciativa e livre concorrência:

Por último, a Constituição Federal, também no artigo 173, §1º, inciso II, submete as empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido

estrito ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações comerciais – sendo assim, parece natural que ambas possam falir ou sofrer liquidação.⁸⁴

Ressalva, todavia, a distinção das empresas estatais exploradoras de atividade econômica das demais prestadoras de serviço público, critério utilizado pelo autor, assim como pelos demais estudiosos que serão analisados, para definir os elementos do regime jurídico aplicável, para sustentar a possibilidade, ou não, da decretação de falência.

Com efeito, a posição mais aceita pela doutrina é a de que a exclusão das empresas estatais prestadoras de serviço público do regime falimentar não padece de qualquer inconstitucionalidade, ao contrário das demais empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que devem sujeitar-se ao regime de recuperação de empresa e falimentar, por questão de igualdade em relação às suas concorrentes privadas.

A Lei 11.101/2005, que regula a falência do empresário e da sociedade empresária, no seu artigo 2º, inciso I, exclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Destaca-se que a única interpretação compatível com o texto constitucional é admitir essa exclusão apenas para as prestadoras de serviços públicos, atividade econômica em sentido lato, porque, de outra maneira, haveria flagrante inconstitucionalidade. Também se comenta que as empresas públicas em sentido estrito podem falir ou sofrer liquidação extrajudicial. É regra que também protege o equilíbrio necessário entre os concorrentes de um mesmo setor da economia nacional.⁸⁵

De fato, a introdução de empresas públicas e sociedades de economia mista no mercado econômico, explorando atividades da alçada das empresas particulares pode representar grande impacto no equilíbrio econômico e concorrencial.

É esta preocupação que justifica a disposição do art. 173, §1º, II da Constituição Federal, antes referido, que sujeita as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou prestação de

84 ZIMMER JUNIOR, Aloísio. Curso de direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 302.

85 ZIMMER JUNIOR, Aloísio. Curso de direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 302.

serviços ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

Assim, tendo a Constituição atribuído regime correspondente ao das empresas privadas às estatais exploradoras de atividade econômica, inclusive quanto às obrigações comerciais e civis, obviamente não pode haver vantagem destas de qualquer tipo em relação às empresas particulares.

A respeito, vale transcrever a lição do ilustre professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

Com o advento da Lei nº 11.101, de 9.2.2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária e revoga o vetusto Decreto-lei nº 7.661/45, a matéria, ao menos em termo de direito positivo, ficou definida. Dispõe o art. 2º, inc. I, do referido diploma, que a lei não se aplica a empresa pública e sociedade de economia mista. Como o legislador foi peremptório a respeito e não distinguiu as atividades de tais entidades, deve concluir-se que não se aplica o regime falimentar a essas pessoas paraestatais, independentemente da atividade que desempenhem. Sejam, pois, prestadoras de serviços públicos ou voltadas a atividades econômicas empresariais, estão excluídas do processo falimentar aplicável às sociedades empresárias do setor privado em geral.

Em nosso entendimento, não foi feliz (para dizer o mínimo) o legislador nessa opção. De plano, o dispositivo não parece mesmo consentâneo com a *ratio* inspiradora do art. 173, §1º, da Constituição. De fato, se esse mandamento equiparou sociedades de economia mista e empresas públicas de natureza empresarial às demais empresas privadas, aludindo expressamente ao direito comercial, dentro do qual se situa obviamente a nova lei de falências, parece incongruente admitir a falência para estas últimas e não admitir para aquelas: seria uma discriminação não autorizada pelo dispositivo constitucional. Na verdade, ficaram as entidades paraestatais com evidente vantagem em relação às demais sociedades empresárias, apesar de ser idêntico o objeto de sua atividade. Além disso, se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse

fim excluídas do processo falimentar. Desse modo, se justificável era a exclusão dessas entidades quando prestadoras de serviços públicos, não há justificativa plausível para descartar também as que exploram atividade meramente econômica.⁸⁶

Contudo, a aludida norma constitucional é relativa às estatais exploradoras de atividade econômica tão somente. Não se submetem, contrario sensu, as estatais prestadoras de serviço público ao regime jurídico próprio das empresas privadas, uma vez que exercem atividade típica do Estado.

Isto porque o serviço público é atividade que demanda regime jurídico próprio, o qual deve instrumentá-lo com prerrogativas de autoridade, sujeita a restrições defensivas dos serviços e garantidoras dos administrados.⁸⁷

A noção de serviço público é essencial, portanto, para fixar o regime jurídico das empresas estatais. Afinal, o desempenho de serviço público é atividade própria do Estado, cabendo-lhe preferencialmente a execução. Quando esta passa a ser realizada por pessoa diversa, nem por isso o regime jurídico deixa de ser de direito público.

Ainda que para alguns doutrinadores, o simples fato de se recorrer à figura da empresa (pública ou mista) já induza a plenitude do regime privado, uma vez que seu espírito fixa-se na ação interventora do Estado no domínio econômico, quando se trata de prestação de serviço público, a forma de empresa não afasta a relação eminentemente publicística no seu relacionamento com terceiros, até porque poderia ser desempenhado diretamente ou por autarquia, ou outra forma de empresa. Seu regime, neste caso, é semi-público e semi-privado.

Resta evidente, assim, que em que pese assumam forma empresarial, a atuação do Estado visando a prestação de serviços públicos não se afasta do regime jurídico de direito público, de sobremodo porque afeta a coletividade no aspecto de efetivação de seus direitos fundamentais, muitas vezes. Aliás, os bens afetados a este serviço são considerados bens públicos, tudo para efetivação do interesse público, o que por si só justifica o regime jurídico *sui generis* destas estatais prestadoras de serviço público.

86 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 471.

87 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 205.

De outra banda, por praticarem atividade típica do Estado, não há competição com demais empresas privadas, diferentemente do que ocorre quando a estatal explora atividade econômica em sentido estrito.

Justifica-se, assim, a extensão do regime de direito público a estas estatais, que por consequência se afastam do regime de direito privado, em razão do objetivo maior que é a persecução do interesse público na prestação ininterrupta dos serviços públicos. A inaplicabilidade do regime falimentar a estas estatais está na esteira desta linha de raciocínio.

Trata-se, em suma, de proteção ao princípio da continuidade do serviço público. Vale lembrar que se o Supremo Tribunal Federal não aceitou sequer a penhora dos bens destas entidades quando estiverem voltadas à prestação de um serviço público⁸⁸, de modo a conduzir à conclusão de que não podem sujeitar-se à falência, o que poderia acarretar a paralisação por completo da prestação de um serviço de interesse da coletividade.

Forçoso lembrar que a falência, muito embora seja compreendida como forma de manutenção da empresa, provoca consequências desastrosas tais como o vencimento antecipado das dívidas, a indisponibilidade dos bens para venda em leilão, a administração da massa falida por pessoa estranha à estrutura interna da empresa, dentre outras.

Para se cogitar de admitir a falência de tais empresas, seria imprescindível antes garantir a supremacia do interesse público e a continuidade da prestação do serviço público diante da instauração do processo falimentar da estatal prestadora de serviço público.

No entanto, de regra, as decisões judiciais proferidas no processo falimentar buscam o atendimento dos interesses dos credores.

Ademais, a decretação de falência de empresas estatais prestadoras de serviço público envolveria apenas os bens e o patrimônio não afetados à atividade de interesse público. A par da dificuldade de definir com exatidão quais os bens que estariam afetados à prestação de serviços públicos, a fim de excluí-los da liquidação, não haveria sentido em insistir no processo falimentar a fim de ver liquidados apenas os bens não afetados à prestação de serviços públicos, que, em uma estatal prestadora de serviços públicos, devem ser parte reduzida de seu patrimônio.

Ainda, a decretação da falência conduzirá à administração da massa falida pelo síndico, nomeado pelo juiz entre os credores da massa falida. Ter-se-á, assim, um estranho aos

⁸⁸ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 230051 Relator Ministro Mauricio Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 11/06/2003.

quadros da Administração Pública e à estrutura da estatal à chefia da massa falida, o que não parece compatível.

A título de comparação, o Decreto-Lei nº 7.661/45 determinou, no seu art. 201, que o processo falimentar das empresas concessionárias de serviços públicos terá a nomeação de um fiscal, pela entidade administrativa, que será ouvido em todos os atos do síndico relativos às obras e serviços relacionados à prestação de serviços públicos.

Desse entendimento comunga o ilustre professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, a quem a possibilidade de falência das empresas estatais, se de um lado deve ser reconhecida para aquelas exploradoras de atividade econômica, por outro deve ser rechaçada para aquelas prestadoras de serviço público:

A Lei nº 6.404, de 15.12.76, que regula as sociedades anônimas, era expressa no sentido de que as sociedades de economia mista não se sujeitavam ao regime de falência, mas, no caso de débitos, aplicavam-se as normas reguladoras do processo de execução previstas no Código de Processo Civil; em consequência, seus bens eram suscetíveis de penhora para garantir o direito dos credores (art. 242). O dispositivo, porém, foi revogado pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001, que introduziu sensíveis alterações na Lei nº 6.404/76.

Com a revogação, ficava claro que o legislador acabara por ceder a tal entendimento, passando a admitir a decretação de falência no caso de insolvência dessas entidades. De acordo com nosso entendimento, porém, que corroborava essa posição, estariam excluídas do regime falimentar as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, e isso por mais de uma razão. A uma, porque o regime jurídico dessa categoria não se inseria no citado art. 173, §1º, da CF, pertinente apenas às sociedades de economia mista voltadas à atividade econômica e de natureza empresarial. A duas, porque deveria prevalecer o princípio da continuidade dos serviços públicos, não sendo admissível que a sociedade se visse prejudicada pela má gestão dos responsáveis pela entidade e pela cessação da atividade em virtude da decretação da falência.⁸⁹

89 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 470.

Também para HELY LOPES MEIRELLES, não de ser distinguidas as empresas exploradoras de atividade econômica das que prestam serviço público. As primeiras, quer sejam empresas públicas, quer sociedades de economia mista, ficam sujeitas a falência, pois é preceito constitucional sua submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Em contrapartida, não responde a entidade criadora, nem mesmo subsidiariamente, pelas obrigações da sociedade falida. Entendo o autor, aliás, que às empresas estatais exploradoras de atividade econômica não se aplicava o antigo preceito do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, que vedava a falência das sociedades de economia mista, mas sujeitava seus bens à penhora e execução, determinado, ainda, que a entidade pública que a instituiu deveria responder subsidiariamente pelas suas obrigações.

Não fosse assim, a empresa estatal exploradora de atividade econômica apresentar-se-ia ao mercado em grande vantagem sobre a empresa privada, o que o dispositivo constitucional pretendeu coibir.

Diferentemente dos demais autores que seguem o posicionamento ora em análise, o ilustre autor admitia, com as alterações trazidas pela Lei nº 10.303/2001, a decretação de falência das empresas estatais prestadoras de serviço público. Salientava, no entanto, que seus bens vinculados ao serviço não podiam sofrer penhora, em virtude do princípio da continuidade do serviço público. Ficariam, assim, sujeitas à falência; mas como os bens aplicados ao serviço público eram intangíveis, só podiam ser penhoradas e executadas as rendas da empresa para pagamento de suas dívidas, restando afastada a responsabilidade subsidiária da entidade pública criadora da empresa.

Inobstante este ponto de divergência, converge o ilustre jurista ao entendimento de que a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista do âmbito de aplicação da lei falimentar, em razão do art. 2º, I, só incidirá sobre as empresas governamentais que prestam serviço público. As que exploram atividade econômica ficam sujeitas às mesmas regras do setor privado, nos termos do art. 173, §1º, II, da CF.⁹⁰

Já para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, uma vez que empresas públicas e sociedades de economia mista têm sua criação autorizada por lei, simetricamente, só podem ser extintas por lei ou na forma da lei.

90 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel, Direito administrativo brasileiro. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 412

Se a Lei de Falências (Lei 11.101, de 9.2.2005), em seu art. 2º, declara não se aplicar a empresas públicas e sociedades de economia mista – isto é, às empresas estatais, o ilustre autor reforça a noção de que este dispositivo há de ser recebido *cum grano salis*. Porquanto, como explicado, se o art. 173, §1º, II, da Constituição equiparou tais estatais às empresas privadas, principalmente fazendo referência ao regime jurídico das obrigações comerciais, a Lei Falimentar não poderia estabelecer tal discriminação excludente sem incidir em inconstitucionalidade.

Sem embargo, o ilustre administrativista relembra que o dispositivo constitucional mencionado se refere expressamente às “exploradoras de atividade econômica, não incidindo em inconstitucionalidade a lei falimentar ao excluir as “prestadoras de serviço público”, obra pública ou atividades públicas em geral.⁹¹

Assim como apontado por HELY LOPES MEIRELLES, para BANDEIRA DE MELLO a sujeição ao regime falimentar importa refutar a possibilidade de responsabilidade subsidiária do poder público controlador pelo inadimplemento das obrigações da estatal insolvente.

Quando se tratar de exploradoras de atividade econômica, então, a falência terá curso absolutamente normal, como se de outra entidade mercantil qualquer se tratara. É que, como dito, a Constituição, no art. 173, §1º, II, atribui-lhes sujeição “ao regime jurídico próprio das empresas privadas inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais (...)”. Disto se deduz, também, que o Estado não poderia responder subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, pois se o fizesse, estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas.⁹²

A conclusão é exatamente a oposta quando trata de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. Nesta hipótese, não é cabível a falência, uma vez que os bens de tais estatais estão afetados à prestação de serviço público, de forma que esta não pode ser posta em risco para satisfação dos interesses patrimoniais dos credores.

91 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 205

92 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 206

Em contrapartida, nesta situação, justifica-se a manutenção da responsabilidade subsidiária do Estado pelas dívidas assumidas pela estatal em crise, uma vez que tais empresas agem no cumprimento de função típica do Estado e são indiretamente controladas por este.

Quando, pelo contrário, forem prestadoras de serviço ou obra pública, é bem de ver que os bens afetados ao serviço e as obras em questão são bens públicos e não podem ser distraídos da correspondente finalidade, necessários que são ao cumprimento dos interesses públicos a que devem servir.

Com efeito, não faria sentido que interesses creditícios de terceiros preferissem aos interesses de toda a coletividade no regular prosseguimento de um serviço público. O mesmo se dirá em relação a obras servientes da coletividade. Assim, jamais caberia a venda destes bens em hasta pública, que seria o consectário natural da penhora e execução judicial em caso de falência.

É certo, entretanto, que o Estado, em caso de insolvência delas, responderá subsidiariamente pelos débitos que tenha. Isto porque, tratando-se de sujeito prestador de serviços públicos ou obras públicas, atividades que lhe são típicas, é natural que, exaustas as forças do sujeito que criou para realizá-las, responda pelos atos de sua criatura, já que esta não tem mais como fazê-lo.⁹³

Na mesma esteira, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ensina que a Lei Falimentar deu tratamento distinto às empresas públicas e sociedades de economia mista das empresas concessionárias de serviço público, uma vez que somente estas últimas foram excluídas da abrangência da lei (art. 2º, I).

Esclarece a autora que a diferença de tratamento tem fundamento no fato de que as empresas estatais, porquanto fazem parte da Administração Pública indireta, administram patrimônio público, total ou parcialmente, dependem de receitas orçamentárias ou tem receita própria, conforme definido em lei, e correspondem a forma diversa de descentralização; enquanto as concessionárias exercem serviço público delegado por meio de contrato.

93 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.206

Soma-se que as empresas estatais são criadas por lei e só podem ser extintas também por lei. Sendo criadas por lei, o Estado provê os recursos orçamentários necessários à execução de suas atividades, além de responder subsidiariamente por suas obrigações.

Na esteira do que se vem abordando, sustenta que lei falhou ao dar tratamento igual a todas as empresas estatais, sem distinguir as que prestam serviço público (com fundamento no artigo 175 da Constituição) e as que exercem atividade econômica a título de intervenção (com base no artigo 173 da Constituição).

Desse modo, alinha-se a ilustre doutrinadora ao entendimento de que estas últimas não deveriam ter sido excluídas da aplicação da lei falimentar. Em seu entendimento, posto que não podem ter tratamento privilegiado em relação às empresas do setor privado, por expressa previsão constitucional (no §1º, II, do art. 173), devem sujeitar-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive ao regime falimentar, inserido no espectro das obrigações comerciais.⁹⁴

De forma um pouco distinta, posicionava-se DIOGENES GASPARINI – antes da edição da atual Lei Falimentar, destaque-se. Para o doutrinador, de regra, os bens que compõem o patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista não estão assegurados por qualquer privilégio. Desta forma, servem para garantir as obrigações assumidas pelas referidas estatais, diante da sua equiparação às empresas privadas, podendo assim ser penhorados e executados.

Observe-se que não poderia ser de outro modo em face do inciso II do §1º do art. 173 da Lei Maior, já que submissa ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Nem mesmo subsidiariamente a Administração Pública a que se vinculam responde por essas obrigações.⁹⁵

A ressalva que faz o autor é para as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, que têm proteção especial para os serviços e bens a eles afetados, em razão do princípio de continuidade do serviço público.

Sustentava, portanto, diante do art. 242 da Lei de Sociedades Anônimas que as empresas públicas estavam sujeitas à falência, haja vista a inexistência de dispositivo legal acerca da matéria, e da mesma forma as sociedades de economia mista exploradoras de

94 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 458

95 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 362.

atividade econômica estavam sujeitas à falência. A proibição do referido artigo, portanto, aplicava-se às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

Na hipótese de insolvência das empresas públicas prestadoras de serviço público, reverteriam para o poder público os bens afetados à prestação do serviço público. De acordo com o autor, o Estado, nesta hipótese, garantiria os créditos de origem contratual dos credores, até o limite do valor dos bens revertidos.⁹⁶

Se vier a falir, o serviço e os bens ligados a ela reverterão para a Administração Pública, em razão da continuidade do serviço público, cabendo-lhe, então, satisfazer as obrigações assumidas pela empresa pública, até o limite ou valor dos bens recebidos. Também responderá, nesse caso, pelos danos decorrentes da execução do serviço público ou de atos de seus servidores que nessa qualidade causarem a terceiros. Nesse caso a responsabilidade é total (art. 37, §6º, da CF).⁹⁷

No entanto, no caso de dano causado a terceiros pela empresa estatal no exercício de serviço público que presta ou de prejuízo decorrente de atos de seus servidores, responderá objetivamente e até o exaurimento de seu patrimônio. Neste caso, não sendo o patrimônio da empresa estatal suficiente para o adimplemento da indenização, cabe à Administração Pública a que se vincula responder pelo remanescente.

Com efeito, não seria justo, nem jurídico, que o simples trespasse do serviço público para a competência de uma empresa pública pudesse tornar mais difícil o recebimento da indenização e, o que é pior, impedir, em alguns casos, o completo ressarcimento do dano sofrido pela vítima, em face do esgotamento de seu patrimônio.⁹⁸

Essa regra reforça o cumprimento do preceito do art. 37, §6º, da Constituição Federal, e não se aplica às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Por estas, a empresa estatal responde segundo as regras aplicáveis às empresas privadas.

Dessa sorte, para o ilustre doutrinador, durante a vigência do art. 242 da Lei de Sociedades Anônimas, excluía-se do regime falimentar apenas as sociedades de economia mista. Todavia, entendia que os bens não podiam ser penhorados e, por via de consequência,

96 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio in GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 364

97 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 362

98 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 380

não podiam ser executados. É dizer, para o ilustre autor, o referido artigo não tinha aplicabilidade.

2.4 O POSICIONAMENTO DE RENATO VENTURA RIBEIRO

Outra forma de lidar com a questão é defendida por RENATO VENTURA RIBEIRO, a quem devem ser aplicadas às empresas públicas e sociedades de economia mista o regime falimentar e de recuperação de empresas, excetuando-se apenas as que atuam no mercado em regime de monopólio. Trata-se de entendimento que também deriva da apreciação da questão por uma ótica constitucional, mas que está atento à argumentos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Eis que a norma do art. 173, §1º, II da Carta Magna, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, *“visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante”*.⁹⁹

De fato, a norma é interpretada restritivamente pelo Supremo Tribunal Federal, que entende pela equiparação das estatais às empresas privadas somente quando exercem atividade econômica em sentido estrito e não quando prestam serviço público.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal restringe sua aplicação às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência: *“a norma do art. 173, §1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade”*.

No entanto, para o autor, o critério a ser utilizado para definir a sujeição ou não ao regime falimentar e de recuperação de empresa da empresa pública ou sociedade de economia mista deve ser unicamente o da atuação em regime de monopólio, porquanto entende que a prestação de serviço público não justifica a exclusão da empresa do referido regime.

Afinal, se a Constituição estendeu expressamente o regime de direito privado às estatais que exploram atividade econômica, resta evidente que a exclusão do regime falimentar das empresas públicas e sociedades de economia mista de forma integral, como feita pela Lei de Recuperação de Empresa e de Falência esbarra na aludida disposição

⁹⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 172.816. Relator Ministro Paulo Brossard. Tribunal Pleno, julgado em 09/02/1994.

constitucional de modo que esta, por si só, já embasa a inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional.

Para RENATO VENTURA RIBEIRO, na mesma linha de raciocínio, amparada na leitura do dispositivo constitucional, desenvolvida para fundamentar a submissão das estatais à lei falimentar, também é justificável a possibilidade de sua recuperação judicial ou extrajudicial.¹⁰⁰

Como repisado, a Carta Magna é expressa ao submeter as estatais ao regime próprio das empresas privadas, quanto a direitos e obrigações (CF, art. 173, §1º, II). Somado a isso, foi introduzida a eficiência como princípio da administração pública pela Emenda à Constituição 19/98, que deu nova redação ao artigo 37 da Carta Magna, de modo que tais empresas não podem ser pretexto para desperdício de recursos públicos.

Ainda, também para as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público que atuem no mercado em concorrência com as empresas privadas deveria ser aplicável o regime falimentar, uma vez que a *ratio* do dispositivo constitucional, como frisou o Supremo Tribunal Federal, é a preservação da isonomia concorrencial.

Para defender seu posicionamento, o autor analisa as principais questões levantadas pela doutrina a respeito da possibilidade de falência de empresas estatais.

Primeiramente, no que toca ao princípio da simetria sustentado por alguns doutrinadores, segundo o qual como as empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas por lei, somente por lei devem ser dissolvidas e extintas, cumpre esclarecer que a obrigatoriedade de criação de empresas públicas e estatais por lei decorre de norma constitucional (art. 173). No entanto, não há norma constitucional que determine que a dissolução e extinção de estatais devam ser feitas exclusivamente por lei.

De outra banda, diante da interpretação adotada para o dispositivo constitucional que define o regime jurídico das estatais exploradoras de atividade econômica, a extinção das empresas estatais por conta da aplicação da lei falimentar e de outras normas aplicáveis às empresas privadas se torna possível em razão do que determina a própria Carta Magna.

100 RIBEIRO, Renato Ventura. O regime da insolvência das empresas estatais *in* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Afinal, se a aplicação das leis falimentar e societária às empresas públicas e sociedades de economia mista tem fundo constitucional, obviamente que o princípio da simetria entre a criação e extinção das empresas estatais por lei deve ser compreendido de modo harmônico com os referidos diplomas legais.

Portanto, é possível dissolução da sociedade por decisão judicial, nos termos da lei falimentar e societária (Lei 6.404/76, art. 206), ambas aplicáveis à empresa pública e sociedades de economia mista, conforme previsto na Constituição.

Até porque, a decretação de falência e dissolução de sociedade são formas de extinção da empresa previstas em lei. Entende-se, assim, que a suposta necessidade de extinção da empresa estatal por lei não importa a necessidade de lei específica para dissolução de empresa estatal, senão a necessidade de que a extinção da empresa estatal esteja amparada em alguma base legal, evitando assim que seja extinta por mero ato do Poder Público diretamente, através de decreto, ou indiretamente, através de seu poder de controle da empresa.

De outra banda, no tocante à questão da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, há de se lembrar que existem mais elementos envolvidos que meramente o interesse dos credores. Afinal, o processo falimentar não objetiva somente o atendimento de interesses privados, porquanto a decretação de falência objetiva também excluir do mercado empresas ineficientes. E neste tocante, vale salientar que, no âmbito das empresas estatais, a eficiência é princípio constitucional (CF, art. 37). E a eliminação de empresa ineficiente, que não atende os fins para os quais foi criada ou cujo benefício é insuficiente para compensar seus custos, também resulta na satisfação do interesse público de evitar desperdício de recursos.¹⁰¹

Já quanto ao risco de a decretação de falência de empresa prestadora de serviço público interromper a realização de tais serviços, tem-se que não parece um temor razoável.

Na hipótese falência de uma empresa estatal prestadora de serviços públicos, os bens afetados à prestação do serviço público reverteriam ao Poder Público controlador, que se encarregaria de dar continuidade ao serviço.

101 RIBEIRO, Renato Ventura. O regime da insolvência das empresas estatais *in* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

De fato, se é possível a decretação da falência das empresas privadas concessionárias de serviços públicos, não subsistem razões para que não seja possível a decretação da falência de estatais prestadoras de serviço público.

Ou seja, o risco à continuidade da prestação de serviços públicos não é argumento sólido bastante para justificar, por si só, a não sujeição ao regime falimentar das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público.

No que tange à composição do capital das empresas estatais, principalmente das empresas públicas, da mesma forma tem-se que não é óbice à sujeição de tais empresas ao regime falimentar.

O princípio da infalibilidade do Estado não deve ser entendido de forma equivocada a se pensar que também não podem falir as empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas, afinal, são pessoas jurídicas de direito privado, com patrimônio próprio, independentes da Administração Pública. Não se pode confundir a falência da sociedade com a do sócio ou sócio majoritário.

Certamente que, decretada a falência de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, não podem os efeitos da quebra serem aplicados aos seus sócios, notadamente ao Poder Público. Mas nem por isso deve-se rechaçar a possibilidade de falência das estatais.

Ao analisar as empresas públicas, RENATO VENTURA RIBEIRO explica:

Seu capital exclusivamente público poderia servir de fundamento, do ponto de vista teórico, para eventual exclusão do regime falimentar, já que o Estado não está sujeito à falência. Porém, deve ser feita a distinção entre sociedade e sócios. Assim, decreta-se a falência da empresa pública e não de seu controlador. E, como já dito, os efeitos da falência não se estendem ao ente público.

Por outro lado, a exclusão das empresas públicas do regime falimentar representa possibilidade de concorrência com empresas privadas em condições desiguais, justamente o que o texto constitucional procura evitar.

Portanto, pode ser decretada a falência da empresa pública, pessoa jurídica de direito privado, que exerce atividade econômica em sentido estrito, mas seus efeitos não se estendem aos sócios, pessoas jurídicas de direito público.

Da mesma forma, a empresa pública pode ser beneficiada com a possibilidade de recuperação judicial ou extrajudicial.¹⁰²

Quanto à natureza dos bens da empresa pública e sociedade de economia mista, embora se reconheça a divergência doutrinária, para o autor, são bens pertencentes à sociedade de direito privado, devem ser considerados bens privados. E todos devem servir para garantia de débitos, podendo ser penhorados.

Dessa sorte, não subsiste a preocupação em apropriação de bens públicos pelos particulares em eventual decretação de falência. Principalmente pela possibilidade de reversão como até de desapropriação de bens pelo Estado. Não se pode descartar a possibilidade de desapropriação de bens de empresa pública, inclusive de sua massa falida.

Por fim, a exclusão da falência de empresas públicas e sociedades de economia mista que atuem em regime de concorrência, quer prestem serviço público quer explorem atividade econômica, consiste em privilégio inconstitucional, por quebra da igualdade e concorrência desleal, uma vez que a toda evidência influencia na forma com que o mercado reage à sua presença.

Ainda, há sociedades controladas pelo Estado, cujo controle acionário, direto ou indireto, é detido pelo Poder Público e que não possuem a qualificação jurídica de sociedade de economia mista ou empresa estatal. Em muitos casos, o Poder Público pode ter assumido o controle por razão excepcional e até temporário.

Estas não se confundem com sociedades de economia mista, pela ausência de criação por lei, e são, portanto, mesmo quando tiver como sócia, majoritária ou não, companhia de economia mista (Lei 6.404/76, art. 235, §2º) não estão sujeitas ao interesse público previsto na lei da criação desta.

São sociedades comuns de direito privado e, assim, estão sujeitas a todas as regras aplicáveis a qualquer sociedade privada, independentemente de prestarem serviço público ou exercerem atividade econômica em sentido estrito. Sujeitam-se, pois, sem exceção, às normas de direito falimentar e penhorabilidade de todos os seus bens.

Dessa sorte, conclui o autor ser inconstitucional o disposto no art. 2º, I da Lei 11.101/05, que exclui as empresas públicas e sociedades de economia mista do regime

¹⁰² RIBEIRO, Renato Ventura. O regime da insolvência das empresas estatais *in* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

falimentar, por contrariar o art. 173, §1º, II da Carta Magna, que determina a sujeição das referidas sociedades às leis comerciais aplicáveis às empresas privadas, inclusive a de falências.

Adotando, de certa forma, a distinção constitucional entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, entende que as empresas públicas e sociedades de economia mista somente estão sujeitas à falência quando exercerem atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Prestando serviço público, em regime de monopólio, não estarão sujeitas à equiparação constitucional.¹⁰³

Já as sociedades controladas pelo Poder Público que não são empresas públicas ou sociedades de economia mista constituem sociedades comuns de direito privado e, como tal, estão sujeitas, sem exceção, ao regime falimentar.

103 RIBEIRO, Renato Ventura. O regime da insolvência das empresas estatais *in* CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.110.

3. POSICIONAMENTO ADOTADO

Cabe agora avaliar os argumentos estudados, com o fito de posicionar-se a respeito do assunto deste trabalho: a aplicabilidade dos institutos de falência e recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Primeiramente, cumpre rechaçar qualquer conclusão baseada unicamente no aspecto da natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, que são criadas como pessoas jurídicas de direito privado, a teor da legislação.¹⁰⁴

A adoção de forma empresarial por tais entidades estatais não as sujeita necessariamente a um regime jurídico predominantemente de direito privado. Seu regime jurídico contempla normas de direito privado e normas de direito público, como se fora um regime misto.¹⁰⁵ A razão de tal mescla consiste, mormente na presença de capital público no patrimônio das empresas estatais, que dessa forma ficam sob o controle do Poder Público.

Por outro lado, também não merece guarida o entendimento de que as empresas públicas e sociedades de economia mista estariam excluídas do regime falimentar e de recuperação judicial por conta da presença de recursos públicos no seu capital social.

Entende-se que a titularidade do capital, integral ou majoritário, da empresa pública pelo Poder Público não cria necessariamente uma incompatibilidade entre a proteção conferida ao erário público pelos princípios constitucionais da administração pública e o procedimento falimentar.

É que, se a presença de erário no capital social atrai a incidência do regime de direito público, principalmente nas empresas públicas, de outra banda as empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado, com patrimônio próprio e independentes da Administração Pública.

Ou seja, nem se pode admitir a falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista considerando unicamente sua natureza de pessoas jurídicas de direito privado, nem se pode rechaçá-la considerando unicamente o seu patrimônio, composto, integralmente

104 Decreto-Lei 200/67.

105 COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 460.

ou majoritariamente, de verbas públicas. Ambos aspectos devem ser considerados, juntamente com outros fatores, para que se determine qual regime jurídico prepondera na hipótese de insolvência de tais estatais.

De um lado, a atual Lei de Falências prevê, no art. 2º, a exclusão completa e absoluta das empresas públicas e sociedade de economia mista do âmbito de sua incidência, de modo que a sociedade de economia mista e a empresa pública não estão em nenhuma hipótese sujeitas à falência, nem podem pleitear a recuperação judicial.¹⁰⁶

De outra banda, o art. 173, §1º, II, da Constituição Federal sujeita as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica de produção e comercialização de bens ou prestação de serviços ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Extrai-se da norma, da mesma forma, que *contrariu sensu* as empresas públicas e sociedades de economia mista não exploradoras de atividade econômica não estão submetidas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Dessa forma, compreende-se que o referido dispositivo constitucional indica a existência de um espectro de quatro regimes jurídicos distintos, a saber, o regime jurídico de direito integralmente público, ao qual está submetida a autarquia, por exemplo; o regime jurídico híbrido das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, que não estão equiparadas às empresas privadas; o regime jurídico híbrido das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, que estão equiparadas às empresas privadas no tocante aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; e o regime jurídico de direito privado das empresas privadas.

Averiguar, portanto, se a falência e a recuperação judicial são procedimentos aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista pressupõe definir se estão inseridos na parcela de regime jurídico de direito privado a que estão sujeitas tais entidades estatais. Mais, há de se definir se estão inseridas tanto no regime híbrido das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas quanto no regime híbrido das estatais prestadoras de serviços públicos.

106 COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

Para tanto, há de se rememorar que as empresas públicas e sociedades de economia mista foram concebidas para facilitar ao Estado a exploração de atividade econômica (em sentido amplo), mediante a prestação de serviço público ou exploração direta de atividade econômica (em sentido estrito).

Todavia, reservou a Constituição a exploração de atividade econômica à alçada dos particulares, condicionando a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, de forma excepcional e por razão justificada, quando necessária em razão de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei (CF, art. 173).

Inserida nesta lógica, a norma do art. 173, §1º, II da Carta Magna, de acordo com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, “*visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exerçam ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante*”.¹⁰⁷

A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal é restrita de modo a orientar a aplicação da norma somente às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência: “*a norma do art. 173, §1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade*”.

É necessário reconhecer, portanto, que quando se tratar de exploradoras de atividade econômica em regime de concorrência, submeter-se-ão tais empresas estatais ao regime híbrido mais próximo possível do que regra as empresas particulares, com o fito de se preservar a livre concorrência e a livre iniciativa.

Por conseguinte, entende-se que aplica-se também o regime falimentar, como se tratara de qualquer outra empresa privada. É que, como foi visto, durante a vigência do art. 242 da Lei de Sociedades Anônimas, a vedação de falência das sociedades de economia mista era compensada pela possibilidade de penhora de seus bens e pela responsabilização subsidiária do Poder Público controlador pelos débitos da sociedade insolvente.¹⁰⁸

107 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 172.816. Relator Ministro Paulo Brossard. Tribunal Pleno, julgado em 09/02/1994.

108 Lei nº 6.404/1976. Art. 242.

Há, portanto, uma correlação entre a possibilidade de falência da empresa estatal e a responsabilização subsidiária do Poder Público pelos seus débitos inadimplidos. Se se admite a falência da empresa estatal, não há razão para defender a responsabilidade do Poder Público; de outro lado, não se admitindo a falibilidade da estatal, há de se reconhecer a responsabilidade do Poder Público, porquanto há de haver uma proteção mínima aos direitos dos credores.

Afinal, a impossibilidade de instauração do concurso de credores, sem a garantia do adimplemento pelo Estado, conduziria àquelas injustiças que o processo de falência visa evitar na esfera privada: os credores mais ágeis poderiam obter a satisfação dos seus créditos por meio de eventual penhora de bens e quando estes se esgotassem, os demais credores nada receberiam.

Ocorre que, ao se rechaçar a hipótese de falência da estatal exploradora de atividade econômica, se o Estado respondesse subsidiariamente pelos créditos de terceiros que ficassem a descoberto, estaria oferecendo-lhes um respaldo de que não desfrutam as demais empresas privadas.¹⁰⁹ E é inegável que a responsabilidade subsidiária do Poder Público coloca tais entidades em situação jurídica de vantagem em relação às empresas privadas em geral, uma vez que estão garantidas pelo Poder Público, que é sempre solvente. Como resultado, estas empresas tornam-se mais atraentes aos olhos dos investidores que as demais empresas privadas.

Sendo assim, a sujeição à falência das estatais exploradoras de atividades econômicas consiste na única forma compatível com a Constituição de resguardar os direitos dos credores na situação de insolvência da estatal.

Destarte, a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista, de modo integral, prevista na Lei de Falências é inconstitucional, porquanto afasta a possibilidade de falência das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em regime de concorrência.

A conclusão é exatamente a oposta quando tratar-se de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. Nesta hipótese, não é cabível a falência, por incidirem, em grau maior, princípios constitucionais da Administração Pública,

¹⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 205

tais como o princípio da continuidade dos serviços públicos e o da supremacia do interesse público.

Acontece que, ainda que se revistam de forma empresarial, as empresas públicas e sociedades de economia mista, quando criadas para a prestação de serviços públicos, aproximam-se mais do regime jurídico de direito público. Isto porque o serviço público é atividade que demanda prerrogativas de autoridade, sujeita a restrições defensivas dos serviços e garantidoras dos administrados.¹¹⁰

Com efeito, os bens afetados a este serviço são considerados bens públicos, considerados impenhoráveis pelo Supremo Tribunal Federal, e merecem proteção especial a fim de que se garanta a continuidade dos serviços públicos.

No tocante à aplicação da falência, conclui-se que não pode ser admitida nessas hipóteses, uma vez que acarreta efeitos tais como o vencimento antecipado das dívidas, a indisponibilidade dos bens para venda em leilão e a administração da massa falida por pessoa estranha à estrutura interna da empresa, dentre outras.

Tais consequências põem em risco a prestação dos serviços públicos – em especial a administração da massa falida pelo síndico, nomeado pelo juiz dentre os credores da falida – porquanto restaria delegada a um estranho aos quadros da Administração Pública e à estrutura da estatal a gestão da massa. Entende-se que é por esta preocupação que o processo falimentar das empresas concessionárias de serviços públicos previa a nomeação de um fiscal pela entidade administrativa, que é ouvido em todos os atos do síndico relativos às obras e serviços relacionados à prestação de serviços públicos.¹¹¹

Ademais, não competem tais estatais com demais empresas privadas, diferentemente do que ocorre quando a estatal explora atividade econômica em sentido estrito, porquanto a prestação de serviços públicos é atividade típica do Estado, que só é exercida pelos

110 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

111 Art. 201. A falência das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, não interrompe esses serviços, nem a construção das obras necessárias constantes dos respectivos contratos.

2º Declarada a falência de tais empresas, a entidade administrativa concedente será notificada para se fazer representar no processo e nomear o fiscal de que trata o parágrafo seguinte. A falta ou demora da nomeação do fiscal não prejudica o andamento do processo da falência.

3º Os serviços públicos e as obras prosseguirão sob a direção do síndico, junto ao qual haverá um fiscal nomeado pela entidade administrativa concedente. Esse fiscal será ouvido sobre todos os atos do síndico relativos àqueles serviços e obras, inclusive sobre a sua organização provisória e nomeação do pessoal técnico, e poderá examinar todos os livros, papéis, escrituração e contas da empresa falida e do síndico e requerer o que fôr a bem dos interesses a seu cargo. A autoridade administrativa concedente dará ao seu fiscal as devidas instruções para a observância dos contratos, e as divergências dele com o síndico serão decididas pelo juiz.

particulares mediante concessão ou autorização. Justifica-se, portanto, a manutenção da responsabilidade subsidiária do Estado pelas dívidas assumidas pela estatal em crise, uma vez que não haverá violação ao princípio da livre concorrência.

Entende-se, por fim, na esteira do posicionamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que, na hipótese de insolvência das empresas públicas prestadoras de serviço público, reverterem para o poder público os bens afetados à prestação do serviço público, restando o Estado responsável pelos créditos de origem contratual dos credores, até o limite do valor dos bens revertidos.¹¹²

De outra banda, rejeita-se a possibilidade de recuperação judicial das estatais por entendê-la incompatível com os regimes jurídicos das empresas públicas e sociedades de economia mista.

É que ambas as entidades estatais operam necessariamente sob o controle do poder público e tal imposição não se coaduna com os meios legalmente previstos para a recuperação judicial. Em verdade, a lógica que orienta a recuperação judicial colide com os princípios constitucionais que pautam a ação da Administração Pública.

Primeiramente, como foi visto, a recuperação judicial deve ser ferramenta utilizada de forma criteriosa. Neste aspecto, FABIO ULHOA COELHO sugere os critérios de *importância social; mão-de-obra e tecnologia; volume do ativo e passivo; Idade da empresa e porte econômico*.¹¹³

Todavia, no tocante às empresas estatais, assim como ocorre no momento da sua criação, o elemento ensejador de sua manutenção é o interesse público (que comparativamente aos vetores sugeridos por FABIO ULHOA COELHO, aproxima-se do conceito de importância social). Desta forma, compreende-se que subsistindo o interesse público justificador da criação da empresa estatal, pouco importa a valoração dada aos demais critérios para utilização da recuperação judicial, porquanto a Administração Pública, na condição de controladora da entidade estatal, estará moralmente obrigada a preservar a empresa insolvente, por respeito aos princípios da supremacia do interesse público e da moralidade da administração pública.

Ainda, entende-se que o juízo falimentar não é o órgão competente para avaliar a

112 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio in GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 364

113 COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.383

existência de interesse público a justificar a preservação da empresa pública ou sociedade de economia mista insolvente. Afinal, conforme a teoria mais recente, defendida por MARÇAL JUSTEN FILHO, interesse público é extraído como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito, de modo que não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública.¹¹⁴

Dessa forma, não cabendo ao juízo averiguar a existência do interesse público, perdem-se os critérios para decidir sobre a concessão do benefício da recuperação judicial da empresa insolvente.

Em sequência, há de se apontar a violação aos princípios constitucionais da moralidade da Administração Pública, conforme apontou HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA¹¹⁵, e da proteção da confiança dos cidadãos na atuação estatal. É que o processo de recuperação judicial quase sempre pressupõe o sacrifício, em alguma grau, dos direitos dos credores, seja através do abatimento dos débitos¹¹⁶, seja através da dilação dos prazos de vencimento¹¹⁷. Desta forma, não há como admitir-se que os credores privados de uma empresa estatal sejam lesados em seus direitos creditícios unicamente em razão da recusa do poder público controlador – a quem compete promover o interesse público, que, na ocasião, traduz-se na preservação da empresa insolvente – em recapitalizar a empresa.

Ora, se permitir que a empresa pública ou sociedade de economia mista reduza-se à insolvência já demonstra a gestão ineficiente e imoral do Estado, a ponto de merecer críticas, mais reprovável ainda seria que o Estado frustrasse, ainda que em parte, os interesses dos credores socorrendo-se da recuperação judicial, quando poderia em lugar disto, injetar os recursos necessários à revitalização da sociedade.

Ainda, há de se reconhecer outra possível afronta ao princípio da supremacia do interesse público, no que tange à administração da empresa pública ou sociedade de economia mista em situação de insolvência. Ocorre que, a teor do art. 64, § único¹¹⁸, da Lei 11.101/2005,

114 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 131.

115 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

116 Lei nº 11.101. Art. 50. Incisos VIII e XII

117 Lei nº 11.101. Art. 50. Inciso I e IX

118 Lei nº. 11.101/2005. Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

Parágrafo único. Verificada qualquer das hipóteses do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial.

pode o juiz, nas hipóteses previstas na lei, afastar os administradores da empresa em recuperação judicial, transferindo ao administrador judicial – pessoa nomeada pelo juiz, que atende aos interesses dos credores principalmente – a gestão da empresa enquanto não for nomeado gestor pela Assembleia Geral.

Desta forma, teria-se a transferência do controle da empresa pública ou da sociedade de economia mista para o representante dos interesses privados dos credores, hipótese que colide frontalmente com o pressuposto elementar das empresas estatais, que é o controle pelo poder público.

Neste mesmo problema incorrem os meios de recuperação judicial que importam *substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos* (inciso IV); *concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar* (inciso V); *usufruto de empresa* (inciso XIII); *administração compartilhada* (inciso XIV). Todas estas hipóteses põem em risco a promoção do interesse público pela empresa em recuperação judicial, uma vez que admitem a interferência dos particulares na gestão da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Cumprе relembrar a observação de FABIO KONDER COMPARATO, segundo o qual, o controle da estatal pertence ao poder público, porquanto, mesmo na sociedade de economia mista, a participação dos particulares na gestão da empresa é quase fictícia, uma vez que a decisão final caberá sempre ao controlador.¹¹⁹

Sem mencionar que determinadas previsões legais, como a da *alteração do controle societário* (inciso III) e das operações societárias de *cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral* (inciso II) violam diretamente o princípio constitucional da legalidade, porquanto, como foi exposto anteriormente, a alteração o controle societário ou a cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, assim como a constituição de subsidiária integral, somente podem ser levadas a cabo se estiverem expressamente previstas em lei.

Afinal, as empresas públicas e sociedades de economia mista devem ser criadas por lei e, sendo assim, por princípio da simetria, pressupõem previsão legal para sua extinção, alteração e mesmo para constituição de subsidiária integral.¹²⁰

119 COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 460.

120 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Por último, quanto às sociedades cujo controle acionário, direto ou indireto, é detido pelo Poder Público, mas que não foram constituídas ou transformadas em sociedade de economia mista ou empresa estatal, reforça-se que são sociedades comuns de direito privado e, assim, estão sujeitas a todas as regras aplicáveis a qualquer sociedade privada, inclusive de direito falimentar e de recuperação judicial.¹²¹

pp. 261 e 262.

121 DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 88.

CONCLUSÃO

As empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar dos programas de desestatização implementados a partir dos anos 90, ainda têm participação considerável na economia brasileira, sendo seguro afirmar que sua influência é mais notável quando exploram atividades econômicas em sentido próprio.

Todavia, tais entidades estão submetidas a regimes jurídicos não bem definidos no ordenamento jurídico, no sentido de que sabe-se que resultam da mescla do direito público com o direito privado, mas cuja preponderância e peculiaridades têm sido, em maior parte, apontadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Neste aspecto, surge a questão abordada neste trabalho da possibilidade jurídica da falência e da recuperação judicial das empresas públicas e sociedades de economia mista. Hipótese que ganha importância à medida que multiplicam-se os casos de insolvência de empresas estatais.

Como foi visto, várias são as respostas oferecidas pela doutrina pátria, cada qual fundamentada em ponderações que valorizam mais um ou outro fator dentre todos os que pesam para a elucidação deste tópico. Justamente por isso, nenhuma delas é bem sucedida em harmonizar todos os aspectos relevantes à consideração da aplicação dos regimes falimentar e de recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista de modo a afastar críticas.

Dessa sorte, como foi exposto, concluir pela impossibilidade de falência e recuperação judicial de empresas públicas e sociedades de economia mista viola os princípios de livre concorrência e desrespeita o comando normativo que equipara as estatais exploradoras de atividades econômicas às empresas privadas no tocante às suas obrigações; por outro lado, admitir a sujeição de tais entidades aos referidos regimes falimentar e de recuperação judicial, além de pressupor a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Falimentar, implica aceitar a possibilidade de sujeitar uma entidade estatal à gerência do administrador judicial ou síndico da massa falida e, da mesma forma, sugere a preponderância dos interesses privados dos credores sobre o interesse público que sustenta a existência da empresa estatal.

Como foi dito, a dificuldade de se pacificar a questão, que por consequência propicia diversos posicionamentos defendidos pela doutrina e jurisprudência, e que leva à ações contraditórias do legislador, reside na enigmática *ratio* por trás da criação das figuras das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Fato é que, após décadas de previsão no ordenamento jurídico, as empresas públicas e sociedades de economia mista estão regradas por dispositivos legais e constitucionais dos quais se extraem regimes jurídicos confusos, de que surgem mais questionamentos que respostas.

Em verdade, reconhecer a possibilidade de falência e recuperação judicial de empresas públicas e sociedades de economia mista depende, primeiramente, da elucidação da finalidade e do funcionamento destas estatais no ordenamento jurídico e no mercado. Somente com definição de seus papéis no direito econômico e no direito regulatório, será possível oferecer respostas sólidas e coerentes às questões relacionadas aos seus regimes jurídicos. Esta preocupação tem sido vista no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sem, todavia, que tenha havido manifestações esclarecedoras.

Portanto, neste trabalho tentou-se analisar a relação entre os procedimentos de falência e recuperação judicial e as figuras da empresa pública e sociedade de economia mista, na esperança de contribuir humildemente ao aprimoramento do tratamento dado às empresas públicas e sociedades de economia mista a partir da perspectiva do direito empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata. 20. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa. 22. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Confrontada e Breves Anotações.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ANJOS, Luis Henrique Martins dos. ANJOS, Walter Jone dos. **Manual de direito administrativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo. 26. ed.** São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. e atual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997, e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001.** São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed.** São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, vol. 3: direito de empresa. 11. ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

COROTTO, Susana. **Modelos de reorganização empresarial brasileiro e alemão :**

comparação entre a Lei de Recuperação e Falências de Empresas (LRFE) e a Insolvenzordnung (InsO) sob a ótica da viabilidade prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de direito administrativo, vol. 1: teoria do direito administrativo. 2. ed., atualizada.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenação). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo. 22. ed.** São Paulo: Atlas, 2009.

ESTEVEZ, André Fernandes. **Estudos de Direito Falimentar.** Sapucaia do Sul: Notadez/Map, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial. 12. ed.** São Paulo: Atlas, 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo. 8. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo. 7. ed. rev. e atual.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades empresárias, fundo de comércio. 35. ed. rev., atual e ampl.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel, **Direito administrativo brasileiro. 38. ed. atual.** São Paulo: Malheiros, 2011.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências : Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** São Paulo: Saraiva, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa. volume 1. 6. ed.** São Paulo: Saraiva, 2011.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação Judicial de Empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 2º volume. 27. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Renato Ventura. **O regime da insolvência das empresas estatais** in CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.). **Direito societário e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VAZ, Paulo Afonso Brum. PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Curso modular de direito administrativo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial. volume 3. 2. ed. atual**. São Paulo: Malheiros, 2011.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência** in PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ZIMMER JUNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo. 3. ed.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.